Die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

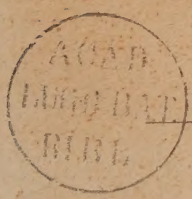
Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Karl Melz,
Gerichts-Assessor.



Schwerin i. M. 1904.
Druck der Bärensprungschen Hofbuchdruckerei.

Meinen Eltern!

Disposition.

A. Einleitung.

B. Die Abtretung von Hypotheken.

Erster Teil. Die Abtretung von Verkehrshypotheken.

1. Abschnitt. Die Bedeutung des § 1153 B.G.B. für die Abtretung.
2. Abschnitt. Die Form der Abtretung.
3. Abschnitt. Die Wirkung der Abtretung.
4. Abschnitt. Die Teilabtretung; die Abtretung von Zinsen, Nebenleistungen und Kosten.

Zweiter Teil. Die Abtretung von Sicherungshypotheken.

C. Die Abtretung von Grundschulden.

Literatur.

Achilles und Strecker, Die Grundbuchordnung, 1901.

Altvater, Das Grundbuchrecht in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 16 S. 72 ff.

Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht:
I. Grundbuchrecht, II. Hypothekenrecht, 1896.

Biermann, Das Sachenrecht, 2. Aufl. 1903.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des B.G.B., 1900.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, 3. Aufl. 1901.

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B., Guttentag'sche Ausgabe 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. 3, 3. Aufl. 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2, 6. Aufl. 1899.

Fischer, Der Hypothekenbrief im neuen Recht, im Archiv für das bürgerliche Recht Bd. 14 S. 233 ff.

Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1, 1902.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht, 1895.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge 2. Aufl. 1900.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 2, 1897.

Huther, Blankoabtretung von Hypotheken oder Grundschulden nach Reichsrecht, in der Mecklenburgischen Zeitschrift Bd. 17 S. 137 ff.

Juristische Wochenschrift.

Kober, Sachenrecht, Bd. 3 zu Staudinger's Kommentar zum B.GB., 2. Aufl. 1903.

Langfeld, Mecklenburgische Ausführungsverordnungen zum B.G.B. 1899.

Lehmann, Das Bürgerliche Recht von Enneccerus und Lehmann, 2. Bd. von H. O. Lehmann 2. Aufl. 1901.

Maenner, Das Recht der Grundstücke, 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2, 4. Aufl. 1900.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch, drittes Buch, Sachenrecht, 1901.

Mittelstein, Das Hypothekenrecht, 1898.

Motive zum Entwurf eines B.G.B.

Mugdan und Falckmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Neumann, Handausgabe des B.G.B., 3. Aufl. 1903.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 1900.
Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts, 1899.
Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 3, 2. Aufl.
Predari, die Grundbuchordnung, 1. und 2. Teil., 1902.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B.
Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Scherer, 1., 2. und 3. Jahr des Bürgerlichen Gesetzbuches (Ergänzungshefte zu seinem Kommentar).
Schweitzer, Begründung und Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 B.G.B. und § 40 Abs. 2 G.B.O., in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 45 S. 558 ff.
von Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1899.
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechte an Grundstücken, 1898.
Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht Bd. 1, 2. Aufl., 1902.

Abkürzungen.

a. a. O. = am angeführten Orte.
a. E. = am Ende.
a. M. = anderer Meinung.
Anm. = Anmerkung.
Bem. = Bemerkung.
B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
cf. = confer.
E.G. z. B.G.B. = Einführungsgesetz zum B.G.B.
Erl. = Erläuterung.
G.B.O. = Grundbuchordnung.
K.O. = Konkursordnung.
m. E. = meines Erachtens.
u. a. = und andere.
W.O. = Wechselordnung.
Z.P.O. = Zivilprozeßordnung.
Zw. G. = Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Anm. Sind im Text Paragraphen ohne weitere Angaben angeführt, so sind damit die Paragraphen des B.G.B. gemeint.

A. Einleitung.

Nach der Begriffsbestimmung des B.G.B. bedeutet Abtretung eines Rechtes Übertragung desselben seitens des bisherigen Berechtigten auf einen andern durch Vertrag mit diesem (§§ 398, 413). Als Vertrag unterliegt die Abtretung einmal den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Rechtsgeschäfte, besonders den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.), über Willenserklärungen (§§ 116 ff.) usw.; sodann unterliegt die Abtretung als Übertragungsvertrag an sich den Vorschriften des B.G.B. über „die Übertragung der Forderung" (§§ 398 ff. in Beihalt des § 413). Letztere Vorschriften finden jedoch, soweit es sich nicht um die Abtretung bezw. Übertragung von Forderungen handelt, nicht unmittelbar, sondern gemäß § 413 B.G.B. entsprechende Anwendung, und dies auch nur, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Enthält das Gesetz für die Abtretung eines bestimmten Rechtes besondere Vorschriften, so gehen diese den §§ 398 ff. vor; letztere haben in diesem Falle nur ergänzende Bedeutung. Für die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden hat das Gesetz nun in umfassendem Maße besondere Bestimmungen aufgestellt, und zwar Bestimmungen, die für die einzelnen Unterarten und Abarten der Hypotheken und Grundschulden (Verkehrshypothek [d. h. Brief- und Buchhypothek], Sicherungshypothek mit der Höchsthypothek und der Hypothek für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und aus indossablen Papieren, Brief-, Buch- und Inhabergrundschuld) in gewissem Umfange wieder von einander abweichen. Für die Abtretung der Grundschulden hat das B.G.B. solche besonderen Bestimmungen freilich nur mittelbar aufgestellt, indem es im § 1192 sagt, daß die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld entsprechende Anwendung finden, „soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt". Mit der in diesen letzten Worten liegenden Einschränkung sind also für die Abtretung einer Grundschuld die-

jenigen Vorschriften maßgebend, welche für die Abtretung einer Hypothek der entsprechenden Art gelten. (Für die Inhabergrundschuld cf. jedoch § 1195.)

Auf die Abtretung der zur Zeit des Inkrafttretens des heutigen Liegenschaftsrechtes bestehenden Hypotheken und Grundschulden, d. h. der den Hypotheken und Grundschulden des B.G.B. entsprechenden altrechtlichen Grundstücksbelastungen, finden gleichfalls die Vorschriften des B.G.B. Anwendung entsprechend dem Grundsatz, daß sich der Erwerb eines Rechtes nach den Gesetzen richtet, unter deren Herrschaft er sich vollzieht. Die Entscheidung der Frage, nach welchen der für die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden geltenden Vorschriften des heutigen Rechtes die Abtretung einer derartigen altrechtlichen Grundstücks-Kapitalbelastung zu erfolgen hat, ob nach den Regeln für die Abtretung von Brief-, Buch- oder Sicherungshypotheken, von Brief-, Buch- oder Inhabergrundschulden, das richtet sich danach, welcher dieser Belastungsformen die betreffende Belastung durch die Art. 192, 193, 195 E.G. z. B.G.B. unterworfen wird. Danach gilt im einzelnen: die Abtretung einer altrechtlichen Grundstücks-Kapitalbelastung, die von einer Forderung abhängig ist, richtet sich, je nachdem der Betrag dieser Forderung bestimmt ist oder nicht, nach den Vorschriften über die Abtretung von Buch- oder von Sicherungshypotheken. Die Abtretung einer altrechtlichen Grundstücks-Kapitalbelastung, die von einer Forderung nicht abhängig ist, richtet sich, je nachdem ein Brief erteilt ist oder nicht, nach den Vorschriften über die Abtretung einer Brief- oder einer Buchgrundschuld. Den Landesgesetzen ist jedoch nach den Art. 193 und 195 Abs. 2 in gewissem Umfange eine abweichende Regelung gestattet. Die Frage, ob eine zur Zeit des Inkrafttretens des heutigen Liegenschaftsrechts bestehende Grundstücks-Kapitalbelastung von einer Forderung abhängig ist oder nicht, bestimmt sich nach bisherigem Recht.

Im Folgenden soll zunächst die Abtretung von Hypotheken behandelt werden, und zwar ausgehend von dem Normalfall der Verkehrs- oder, wie das Gesetz sie nennt, gewöhnlichen Hypothek (§ 1186). Im Anschluß daran soll dann gezeigt werden, welche Abweichungen sich für die Abtretung von Grundschulden aus der beschränkten Anwendbarkeit der für die Abtretung von Hypotheken geltenden Vorschriften ergeben.

B. Die Abtretung von Hypotheken.

Erster Teil.

Die Abtretung von Verkehrshypotheken.

1. Abschnitt. Die Bedeutung des § 1153 B.G.B. für die Abtretung.

§ 1153. „Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden."

Eine dem § 1153 Abs. 1 entsprechende Vorschrift enthält bereits § 401. Während jedoch letzterer durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann, ist § 1153 als Norm des Sachenrechts zwingenden Rechtes[1]).

Der § 1153 gilt für jede Art der Übertragung von Hypotheken, d. h. von Grundstücksbelastungen, vermöge deren an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist; insbesondere gilt er jedoch für die rechtsgeschäftliche Übertragung der Hypotheken, für ihre Abtretung. Hier ist nur die Bedeutung des § 1153 für letztere, nicht für die gesetzliche Übertragung von Hypotheken zu behandeln.

Gemäß der Regel des § 1153 Abs. 2 kann die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung abgetreten oder, wie das Gesetz allgemeiner sagt, übertragen werden. Diese Bestimmung macht es dem Gläubiger unmöglich, bei der Abtretung der Hypothek oder der Forderung die eine oder die andere zurückzubehalten und dadurch eine Vervielfältigung des Gläubigerrechts, d. h. die Möglichkeit doppelter Geltendmachung desselben im Wege der dinglichen Klage einerseits und der obligatorischen Klage andererseits herbeizuführen[2]). Dabei ist zu

[1]) Neumann, Bd. 1 S. 751 Bem. II zu § 1153.
[2]) cf. Neumann, Bd. 1 S. 751 Bem. II zu § 1153.

beachten, daß, im Falle der Gläubiger trotz des Verbotes Hypothek oder Forderung bei der Abtretung zurückbehält, nicht nur dieser Vorbehalt, sondern nach dem Wortlaut des Paragraphen: „kann nicht übertragen werden" — der ganze Übertragungsakt unwirksam ist[3]).

Obige Regel verbietet nicht schlechthin die Trennung der Forderung von der dinglichen Belastung; sie verbietet nur, daß diese Trennung im Wege der Abtretung erfolgt (cf. §§ 1163, 1177 Abs. 1, 1198). Jene Regel gilt deshalb auch nur, solange die Hypothek und die Forderung zueinander in Beziehung stehen, da mit der Trennung beider die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Regel wegfallen; denn die Forderung verliert alsdann ihren Charakter als Hypothekenforderung, und die Hypothek hört auf als Hypothek zu existieren; sie wird im Augenblicke ihrer Trennung von der Forderung eine Grundschuld (§§ 1163, 1168, 1169, 1170 und 1171 in Beihalt des § 1177; § 1198)[4]).

Aus der Regel, daß eine Hypothek nicht ohne eine Forderung abgetreten werden kann, folgt in Verbindung mit der Vorschrift des § 1153 Abs. 1 die weitere für die Abtretung der Hypothek bedeutsame Regel, daß das einzige Mittel zur Abtretung der Hypothek die Abtretung der Hypothekenforderung ist, ein Satz, dem insbesondere Dernburg (S. 654 Anm. 5) prägnanten Ausdruck verleiht. Dieser Satz ergibt sich aus folgendem. Der § 1153 Abs. 1 bestimmt, daß mit der Übertragung der Forderung die Hypothek, also das dingliche Recht, auf den neuen Gläubiger übergeht. Eine Bestimmung dahingehend, daß mit der Übertragung des dinglichen Rechtes auch die Hypothekenforderung auf den neuen Gläubiger übergeht, fehlt; die Forderung folgt darum nicht ohne weiteres dem dinglichen Recht. Will also jemand das dingliche Recht abtreten, erwähnt dabei aber die Hypothekenforderung nicht, so geht letztere nicht auf den anderen Teil über: die Abtretung ist vielmehr, da das dingliche Recht nicht ohne seine Hypothekenforderung übertragen werden kann, wirkungslos. Wird jedoch die Hypothekenforderung abgetreten, ohne daß das dingliche Recht erwähnt wird, so geht letzteres dennoch auf den Erwerber über. Die Erwähnung des dinglichen Rechtes würde sogar infolge der Vorschrift des § 1153 Abs. 1 rechtlich bedeutungslos sein. Es ist also, wie oben gesagt, die Abtretung

---

[3]) Hachenburg, Beiträge S. 86; Motive, Bd. 3 S. 706 a. E.

[4]) Über angebliche Ausnahmen cf. weiter unten.

der Forderung das einzige Mittel zur Abtretung des dinglichen (hypothekarischen) Rechtes.

Es wird freilich häufig vorkommen, daß die Parteien lediglich von einer Abtretung der „Hypothek" sprechen. Da jedoch nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens der Ausdruck „Hypothek" sowohl die dingliche Belastung als auch die persönliche Forderung umfaßt, wird die Erwähnung der „Hypothek" nach der Absicht der Parteien regelmäßig auch eine Erwähnung der Forderung enthalten. Dies wird genügen, sofern nur aus den Umständen ein derartiger Wille der Parteien zu entnehmen ist.

Aus dem Umstande, daß die Abtretung der Forderung das einzige Mittel zur Abtretung der Hypothek ist, ergibt sich, daß für die Übertragbarkeit der Hypothek mittels Rechtsgeschäft die Übertragbarkeit der Forderung maßgebend ist. Diese richtet sich, da für die Hypothekenforderung keine abweichenden Vorschriften bestehen, nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 398—400. Nach § 398 ist prinzipiell jede Forderung und damit jede Hypothek abtretbar. Die §§ 399 und 400 enthalten jedoch Ausnahmen dieses Prinzips. Nach § 399 kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn ihre Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Nach § 400 kann eine Forderung nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Darüber hinaus ist sie abtretbar. Es kann also eine Hypothek, die für eine Forderung der in den §§ 399, 400 bezeichneten Art bestellt ist, nicht bezw. im Falle des § 400 nur in beschränktem Umfange abgetreten werden. Der gutgläubige Erwerber einer solchen Hypothek wird jedoch durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt[5]).

Durch die oben entwickelten Regeln des § 1153 werden die Forderung und die Hypothek auf das engste miteinander verknüpft. Und zwar erscheint die Forderung in dieser Verbindung als das Hauptrecht, die Hypothek als das Nebenrecht, welches, durch das Hauptrecht getragen, diesem zu folgen gezwungen ist.

Die Bedeutung des § 1153 ist jedoch sehr bestritten. Zwei Ansichten stehen sich diametral gegenüber. Die einen halten den § 1153 nicht nur für die Abtretung, sondern überhaupt für den Begriff der Hypothek für grundlegend und sehen durch ihn die

---

[5]) Fuchs, S. 502 Bem. 7 zu § 1156 und (über das Verhältnis von § 399 zu § 137) S. 43 ff.

accessorische Natur der Hypothek als bewiesen an[6]). Nach Ansicht der anderen sind dagegen die Regeln des § 1153 durch so zahlreiche und umfassende Ausnahmen durchbrochen, daß sie danach ihres Inhaltes fast ganz entkleidet wären; nach ihnen ist die vom B.G.B. in Wahrheit anerkannte Regel die, daß die Hypothek jederzeit von ihrer Forderung getrennt und letztere ohne die Hypothek und die Hypothek ohne die Forderung übertragen werden kann[7]). Wenn nun auch m. E. aus dem § 1153 nicht auf die accessorische Natur der Hypothek geschlossen werden kann, eine Frage, die an dieser Stelle nicht näher erörtert werden soll (cf. unten Text nach Anm. 22.), so halte ich andererseits aber auch die die Abtretung unmittelbar berührende Lehre von der Selbständigkeit der Hypothek für verfehlt. Ein Eingehen auf die Fälle, in denen nach Ansicht der Gegner die Hypothek ohne Forderung existieren und demgemäß auch abgetreten, oder in denen sie sogar durch die Abtretung von ihrer Forderung getrennt werden kann, wird die Unrichtigkeit der gegnerischen Ansicht dartun.

Der § 1138 erstreckt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs „für die Hypothek" auf die Hypothekenforderung. Dadurch gewährleistet er dem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber einer dinglichen Belastung, die im Grundbuch als Hypothek eingetragen ist, die zur Hypothek gehörige Forderung so, wie sie sich aus dem Grundbuch ergibt, mag sie auch tatsächlich schon erloschen sein. Die Forderung gilt zu Gunsten des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers „für die Hypothek" als fortbestehend. Infolge dieser Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung erwirbt der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerber die dingliche Belastung als Hypothek, wenn diese auch infolge des Erlöschens der Forderung gemäß §§ 1163, 1177 eine Grundschuld geworden war. Da die Forderung nur „für die Hypothek" als fortbestehend gilt, also nur soweit als der Fortbestand der Forderung für die Existenz und die Geltendmachung der dinglichen Belastung als

---

[6]) Fuchs, Vorbem. 6 und 7 zum 8. Abschn. S. 376 ff. und Bem. 5 zu § 1153 S. 390 f.; Dernburg, § 222 II Z. 1 und 2 S. 653 f.; Turnau-Förster, Bem. 2 zu § 1113 S. 591 f. und Bem. 2 zu § 1153 S. 720; Schwind, S. 112 ff.; Planck, Vorbem. 2a zum 8. Abschn. S. 440; Lehmann, § 89 Z. 2 S. 258; Meisner, Vorbem. zum 8. Abschn. S. 210 f. und Bem. zu § 1153 S. 242; Skonietzki, in Gruchot Bd. 44 S. 282 ff.

[7]) Für die Selbständigkeit der Hypothek treten insbesondere ein: Hachenburg, Vorträge S. 508 ff.; derselbe, Beiträge S. 34 f.; Predari, S. 214 ff. und S. 217 Anm. 16; ferner Kober, Bem. I. 2 zu § 1113 S. 374 f.; Mittelstein, § 18 S. 37 f.; Maenner, § 66 S. 279; Oberneck, § 116 S. 478 ff.; Biermann, Bem. zu § 1113 S. 300 f.; Boehm, Bem. VIII zu § 1113 S. 151.

Hypothek erforderlich ist, so ist die selbständige Geltendmachung der Forderung ausgeschlossen.

Hier soll nun ein Fall vorliegen, in dem die Existenz und demgemäß auch die Abtretung der Hypothek ohne Forderung möglich ist [8]). Gegenüber der Behauptung, daß das Gesetz durch Fiktion des Fortbestandes der Forderung den § 1138 mit § 1153 in Einklang bringe [9]), wird allerdings mit Recht geltend gemacht, daß eine Fiktion gerade ausspreche, daß etwas nicht sei [10]). Es handelt sich hier um mehr als um eine reine Fiktion. Die Forderung ist durch die konstitutive Kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ebenso wie die Hypothek zu neuem Leben erweckt. Sie wird freilich nicht absolut, sondern nur relativ wirksam. „Die Hypothek ist solchenfalls .... als Hypothek mit einer nur relativ wirksamen Forderung anzusehen." (Neumann Bd. 1 S. 741 Bem. II 2b zu § 1138 [11]). Eine solche Hypothek untersteht allen Einreden, denen die vollwirksame Forderung unterliegen würde, soweit der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem nicht entgegensteht; sie kann aber umgekehrt auch durch alle Gegeneinreden gestützt werden, die bei Bestehen des Schuldverhältnisses für die Forderung würden geltend gemacht werden können. (Beispiel: Erwirbt jemand durch Rechtsgeschäft eine Hypothek, welche für eine einem gegenseitigen Vertrage entstammende Forderung besteht, — in Kenntnis des Umstandes, daß sein Rechtsvorgänger die ihm aus dem gegenseitigen Vertrag obliegende Verpflichtung noch

---

[8]) Hachenburg, Vorträge S. 556 ff.; derselbe, Beiträge S. 35 und S. 101 ff. insbesondere 104 f.; Boehm, Bem. II zu § 1138 S. 194; Kober, Bem. I 2 zu § 1113 S. 374; Best, II § 18 b 1 S. 90; Predari, S. 217 Anm. 16 u. a.

[9]) Dernburg, § 222 Z. 2 S. 654. Auch Planck, Bem. 4 zu § 1138 S. 503 scheint auf dem Boden der Fiktionstheorie zu stehen, da er sonst nicht sagen könnte: daß die Forderung im Falle des § 1138 als fortbestehend gelte, und gleich darauf: daß die Hypothek in diesem Falle ohne die persönliche Forderung bestehe.

[10]) Hachenburg, Vorträge S. 557.

[11]) Neumann scheint jedoch eine relativ wirksame Forderung von einer fingierten nicht zu scheiden; denn Bem. II 2b zu § 1153 S. 752 erklärt er, daß die Forderung im Falle des § 1138 „möglicherweise als eine nur in Ansehung der Hypothek kraft Gesetzes fingierte Forderung" bestehe. Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß es bei einer fingierten Forderung nur so gehalten werden soll, wie wenn die in Wirklichkeit nicht existierende Forderung existent wäre, daß dagegen die relativ wirksame Forderung tatsächlich besteht, wenn sie auch nur in bestimmten Beziehungen Wirkungen äußert. — Auf dem im Text vertretenen Standpunkt steht wohl auch Cosack, Bd. 2 § 234 c S. 245, wenn er auch nicht ausdrücklich von einer relativ wirksamen Forderung spricht.

nicht erfüllt hat, aber in Unkenntnis der begründetermaßen stattgehabten Anfechtung des Vertrages — so kann ihm zwar nicht das durch die Anfechtung herbeigeführte Nichtbestehen der Forderung, wohl aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegengehalten werden. Diese würde der Erwerber jedoch entkräften und damit den dinglichen Anspruch stützen können, wenn er repliciter einwenden kann, daß nach dem Inhalte des gegenseitigen Vertrages die Verpflichtung seines Rechtsvorgängers noch nicht fällig sei, der Gegner aber schon leisten müsse (cf. Neumann a. a. O.). Auf das Verhältnis der Hypothek zu solch relativ wirksamer Forderung finden auch die Regeln des § 1153 Anwendung. Auch für diese Forderung gilt der Satz, daß sie nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung abgetreten werden kann. Auch diese Forderung muß die Abtretung der Hypothek vermitteln.

Eine Abtretung der Hypothek ohne Forderung soll auch § 1156 ermöglichen. Der § 1156 bestimmt, daß die §§ 406—408 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung finden. Der persönliche Anspruch des Gläubigers unterliegt dagegen den §§ 406—408. Nach Ansicht der Gegner erlischt die Forderung vollständig, wenn ein Einwand aus §§ 406—408 gegeben ist, z. B. weil der persönliche Schuldner nach der Abtretung aber in Unkenntnis derselben an den bisherigen Gläubiger geleistet hat; die Hypothek soll selbständig bestehen bleiben [12]). Die Folge des Erlöschens der Forderung müßte jedoch eigentlich der Übergang der dinglichen Belastung als Grundschuld auf den Eigentümer sein (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Absatz 1) [13]). Wollte man auch von dieser Konsequenz absehen und eine selbständige Hypothek des Gläubigers annehmen, so würde eine andere Folge des Erlöschens der Forderung doch die sein, daß der Eigentümer dem dinglichen Anspruch gegenüber alle Einreden aus der Forderung verlöre, die ihm nach § 1137 zustanden. Die §§ 406—408 würden also eine mittelbare Wirkung trotz § 1156 auch auf den dinglichen Anspruch haben. Die Gegner erklären denn auch,

---

[12]) Hachenburg, Beiträge S. 101 ff., insbesondere S. 104 f.; derselbe, Vorträge S. 538 und S. 556 f.; Boehm, S. 228 Bem. 5 zu § 1156. Auch nach Fuchs, Bem. 4 zu § 1156 S. 501 erlischt die Forderung vollständig, doch nimmt er eine Umwandlung der dinglichen Belastung in eine Grundschuld des Gläubigers an; ebenso Turnau-Förster, Bem. 1 a. E. zu § 1156 S. 731.

[13]) cf. Fuchs, S. 501 Bem. 4 zu § 1156.

daß die Hypothek in den Fällen des § 1156 sich in ihrer praktischen Bedeutung von der Grundschuld nicht unterscheide[14]). Nach dieser Auslegung des § 1156 würde der neue Gläubiger durch ein nach §§ 406—408 erfolgtes Erlöschen der Forderung infolge des mit dem Erlöschen für den Eigentümer verbundenen Verlustes von Einreden einen Vorteil erhalten, auf den er keinen Anspruch hat, und den das Gesetz ihm zweifelsohne auch nicht geben will. Man muß deshalb als Absicht des Gesetzes unterstellen, daß den §§ 406—408 auch jede, wenn auch nur mittelbare Einwirkung auf den dinglichen Anspruch entzogen sein soll, und daß demgemäß für die Hypothek die Geltung der genannten Paragraphen auch in Ansehung der Forderung auszuschließen ist. Ein Einwand aus den §§ 406—408 bringt also die Forderung nicht schlechthin zum Erlöschen, sondern läßt sie für die Hypothek bestehen[15]). Wie in den Fällen des § 1138 liegt also auch hier eine Hypothek mit relativ wirksamer Forderung vor. Von der Möglichkeit einer Abtretung der Hypothek ohne Forderung kann dann aber nicht mehr gesprochen werden.

Eine weitere Ausnahme von der Regel des § 1153 soll § 1180 bieten. Der Abs. 1 des genannten Paragraphen gestattet, an Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung zu setzen. Erforderlich ist zu dieser Änderung die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers und die Eintragung in das Grundbuch. Der Absatz 2 verlangt für den Fall, daß die neue Forderung nicht dem bisherigen Gläubiger zusteht, dessen Zustimmung, die entweder dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt, und auf die insbesondere die Vorschrift des § 875 Abs. 2 Anwendung finden soll.

Hier interessiert nur der Fall des Abs. 2.

Der durch ihn bezweckte Erfolg, die Lösung der dinglichen Belastung von der bisherigen Forderung unter Verbindung mit der Forderung eines anderen Gläubigers würde auch ohne diese Vorschrift erreicht werden können: der Gläubiger verzichtet auf die Hypothek, und der Eigentümer überträgt die ihm durch den Verzicht (§§ 1168 Abs. 1, 1177 Abs. 1) als Grundschuld zugefallene dingliche Belastung unter Zurückverwandlung in eine

---

[14]) Boehm, S. 228 Bem. 5 zu § 1156; Hachenburg, Vorträge S. 538.

[15]) Planck, S. 541 Bem. 2 zu § 1156 nimmt offenbar auch hier eine fingierte Forderung an, da er den Fall des § 1156, soweit es sich um das Bestehenbleiben der Forderung für die Hypothek handelt, dem Falle des § 1138 gleichstellt (cf. Planck a. a. O. und oben Anm. 9.). Eine Fiktion nimmt auch Biermann, Bem. 2 zu § 1156 S. 363 an.

Hypothek (§ 1198) dem neuen Gläubiger. Die Vorschrift des § 1180 ist nun nach den Protokollen (Bd. 3 S. 726) in das Gesetz aufgenommen, um den Parteien diesen Umweg zu ersparen.

Würde § 1180 Abs. 2 dieser Absicht, den Umweg zu ersparen, vollkommen entsprechen, so würde er allerdings mit der Regel, daß die Hypothek nicht ohne eine Forderung abgetreten werden kann, kaum zu vereinen sein; denn dann müßte er im Widerspruch mit § 1153 die direkte Übertragung der Hypothek ohne Forderung vom bisherigen Gläubiger auf den neuen ermöglichen [16]). Dieser Widerspruch würde auch nicht gehoben durch die Erklärung der Protokolle (Bd. 3 S. 726), daß es sich hier darum handle, daß die Belastung geändert werde, daß die Hypothek einen anderen Inhalt erhalte [17]). Denn diese Erklärung würde doch die Tatsache nicht beseitigen, daß die Hypothek als solche ohne Forderung ihr Rechtssubjekt ändern könnte [18]), [19]).

Die Annahme eines direkten Überganges der dinglichen Belastung entspricht jedoch dem Gesetze nicht. Dasselbe verlangt für den Übergang auf den neuen Gläubiger Einigung zwischen diesem und dem Eigentümer und die Zustimmung des bisherigen Gläubigers; diese Zustimmung braucht dem neuen Gläubiger gegenüber nicht erklärt zu werden. Hieraus ergibt sich, daß das Gesetz als Kontrahenten bei dem dinglichen Vertrag nicht die beiden Gläubiger, sondern den Eigentümer und den neuen Gläubiger auffaßt, und daß die beiden Gläubiger während des ganzen Übertragungsaktes überhaupt nicht miteinander in rechtliche Beziehungen zu treten

---

[16]) Die Möglichkeit direkten Überganges der Hypothek ohne Forderung vom bisherigen Gläubiger auf den neuen nehmen im Falle des § 1180 Abs. 2 insbesondere an: Hachenburg, Beiträge S. 87 ff.; derselbe, Vorträge S. 571; Boehm, Bem. I und IV zu § 1180 S. 271 f.; Predari, S. 222 ff.; Oberneck, S. 469 f., 484; Endemann, Bd. 2, § 115 Z. 2 b; Kober, Bem. 4 b zu § 1180 S. 501; Altvater, S. 142; Matthiaß, S. 151; Maenner, S. 279; Best, II S. 90; Mittelstein, S. 127.

[17]) Wie die Protokolle: Neumann, Bd. 1 S. 782 Bem. 2 a zu § 1180; Turnau-Förster, Bem. II 1 zu § 1180 S. 791; Cosack, Bd. 2 § 231 a (Umwandlung des Grundstückspfandrechts); Achilles-Strecker, S. 90 c.

[18]) cf. insbesondere Hachenburg, Beiträge S. 88.

[19]) v. Schwind (S. 114 Anm. 2 u. S. 123) sieht in der die Auswechselung der Forderung begleitenden grundbücherlichen Umschreibung eine Neuerrichtung. Wäre dies richtig, so würde freilich § 1180 unter keinen Umständen mit § 1153 in Widerspruch stehen, weil dann ja von einem Übertragen der Hypothek keine Rede sein könnte; cf. gegen ihn jedoch Predari, S. 224 Anm. 24, der mit Recht hervorhebt, daß Neubegründung Neubelastung sein würde; die Belastung bleibe aber bestehen.

brauchen. Daraus, daß das Gesetz die Zustimmungserklärung dem § 875 Abs. 2 unterstellt, folgt ferner, daß es dieselbe als eine Art Verzicht betrachtet. Nach diesem allem wird man aber als Rechtsvorgänger des neuen Gläubigers nicht den bisherigen Gläubiger, sondern den Eigentümer ansehen müssen. Man wird trotz der Absicht des Gesetzgebers, den Umweg der Umwandelung der Hypothek in eine Grundschuld überflüssig zu machen, den durch § 1180 Abs. 2 geregelten Vorgang doch wieder zu konstruieren haben als Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek und Übertragung der dadurch dem Eigentümer als Grundschuld zugefallenen dinglichen Belastung seitens des letzteren auf den neuen Gläubiger unter Rückverwandlung in eine Hypothek (§ 1198)[20]. Von einer Abtretung der Hypothek kann alsdann nicht mehr die Rede sein[21].

Man wird nicht einwenden können, daß nach obigem die in Betracht kommende Vorschrift des § 1180 überflüssig wäre. Hat § 1180 auch den juristischen Vorgang nicht vereinfacht, so hat er doch — und das ist das für den Verkehr wesentliche — die zu verwirklichenden Voraussetzungen vereinfacht, an welche jener Vorgang geknüpft ist. So ist für die Wirkung des Verzichts in diesem Falle keine Eintragung nötig. § 1180 macht es also zwar möglich, die Regel, daß die Hypothek nicht ohne eine Forderung abgetreten werden kann, zu umgehen, in Widerspruch steht er jedoch nicht mit ihr.

Auch die Anerkennung des Instituts der sogenannten Eigentümerhypothek durch das B.G.B. (§ 1163 Abs. 1) bedeutet keine

---

[20]) Selbstverständlich ist der Vorgang im Falle des § 1180 Abs. 1 derselbe, wie in dem des Abs. 2, nur daß im Falle des Abs. 1 die bisherige und die neue Hypothekenforderung *demselben* Gläubiger zusteht, und daß deshalb bereits in der Einigung über den Forderungswechsel ein Verzicht auf die Hypothek für die bisherige Hypothekenforderung liegt, neben welchem eine besondere Erklärung hierüber wie im Falle des Abs. 2 nicht erforderlich ist.

[21]) Biermann, Bem. 2 c zu § 1180 S. 398, der wie oben im Text geschehen, konstruiert, spricht trotzdem fälschlich von der Übertragung einer bestehenden *Hypothek* und meint Bem. zu § 1113 S. 300, daß es, „ohne Einfluß auf die *Hypothek*, wenn die Forderung durch eine andere ersetzt werde" (!). Ähnlich wie oben konstruieren auch Fuchs, Bem. 9 zu § 1180 S. 579 und Planck, Bem. 4 b zu § 1180 S. 595; doch übersehen beide, daß die dingliche Belastung sich gemäß §§ 1168 Abs. 1, 1177 Abs. 1 durch den Verzicht des bisherigen Gläubigers in eine Eigentümergrundschuld verwandelt. Auch ihnen liegt deshalb hier eine Ausnahme von § 1153 vor. (Fuchs, Bem. 1 b zu § 1180 S. 577; Planck, Bem. 1 zu § 1180 S. 593).

Durchbrechung der Regeln des § 1153. Namentlich Hachenburg (Vorträge S. 508 ff.) hat die Eigentümerhypothek benutzt, um den Nachweis für die begriffliche Selbständigkeit der Hypothek, für ihre Unabhängigkeit von der Forderung, zu versuchen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Eigentümerhypothek keine Hypothek mehr ist; die Hypothek hat sich im Augenblicke ihres Erwerbes durch den Eigentümer in eine Grundschuld verwandelt (§ 1177 Abs. 1). Und zwar ändert die dingliche Belastung nicht nur ihren Namen, es handelt sich also nicht nur um ein Spiel mit Worten; sie wird der Sache nach eine Grundschuld, ändert ihren Inhalt, der sich fortan (abgesehen von der Bestimmung des § 1177 Abs. 1 Satz 2) nicht mehr nach einer Forderung, sondern nach den Bestimmungen des dinglichen Bestellungsgeschäftes bemißt. Die Abtretung einer Eigentümerhypothek ist also Abtretung einer Grundschuld. Soll die Eigentümerhypothek als Hypothek abgetreten werden, so muß sie zunächst in eine solche zurückverwandelt, d. h. wieder mit einer Forderung verbunden und alsdann mit der Forderung und durch sie abgetreten werden (§ 1198)[22]). Die Eigentümerhypothek kann mithin als Beweis für die Unabhängigkeit der Hypothek von einer Forderung nicht dienen.

Allerdings ist m. E. die Eigentümerhypothek — wie überhaupt die Wandlungsfähigkeit der dinglichen Grundstücksbelastung aus einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt (§ 1198) — ein Beweis dafür, daß die Hypothek kein accessorisches Recht im eigentlichen Sinne ist. Die Hypothek ist eine Grundstücksbelastung in der der Belastung durch die §§ 1113 ff. gegebenen Form und mit dem ihr durch die genannten Paragraphen gegebenen Inhalt. Ein Erlöschen der Hypothekenforderung hat nun nicht ein Erlöschen der Belastung zur Folge, wie dies bei einem accessorischen Recht der Fall sein müßte; die Belastung verliert nur die eigentümlichen Merkmale, durch welche sie zur „Hypothek" gestempelt wird. Nicht das dingliche Recht, nur seine Erscheinungsform ist durch den Bestand der Forderung bedingt. Leugnet man aber, daß die Hypothek ein accessorisches Recht, in dem angedeuteten Sinne ist, so wird man zum Zwecke der Unterscheidung der Hypothek von der Grundschuld um so mehr betonen müssen, daß, solange die dingliche Belastung im Sinne der §§ 1113 ff. mit einer Forderung verbunden ist, juristisch die Forderung als das Hauptrecht und die dingliche Belastung als das Nebenrecht erscheint, und daß während der Dauer dieser Verbindung die dingliche Belastung in konsequenter

[22]) Planck, Bem. 3 c β zu § 1177 S. 586 f.; Mugdan-Falkmann, Bd. 3 S. 362.

Abhängigkeit von der Forderung gehalten wird. Ein Ausfluß dieser Abhängigkeit sind die Regeln des § 1153. Die Eigentümerhypothek unterliegt als Grundschuld diesen Regeln selbstverständlich nicht. Ihre Unabhängigkeit von einer Forderung kann aber, eben weil sie Grundschuld ist, nicht als Beweis für die Selbständigkeit der Hypothek dienen.

Zu erwähnen sind auch noch die Fälle des Überganges der Hypothek kraft Gesetzes nach §§ 1164, 1173, 1174, 1182. Diese Fälle sind folgende. Befriedigt ein rückgriffsberechtigter persönlicher Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek in Höhe des Ersatzanspruches auf den Schuldner kraft Gesetzes über (§ 1164). Handelt es sich um eine Gesamthypothek, und ist nur der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke, oder sind die Eigentümer einzelner der belasteten Grundstücke ersatzpflichtig, so geht die Hypothek an den mitverhafteten Grundstücken dieser Eigentümer auf den befriedigenden persönlichen Schuldner über (§ 1174). Befriedigt bei der Gesamthypothek ein den übrigen Eigentümern gegenüber ersatzberechtigter Eigentümer den Gläubiger, so geht die Hypothek an seinem Grundstücke und an den Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer in Höhe des Ersatzanspruchs als Gesamthypothek auf den zahlenden Eigentümer über (§ 1173). Der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner bezw. durch den Eigentümer steht die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Schuldners bezw. Eigentümers sowie die Übertragung des Gläubigerrechtes auf den Eigentümer gleich (§§ 1164, 1174, 1173). Bei der Gesamthypothek geht auch im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus einem der verhafteten Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung die Hypothek an allen oder einzelnen der mitverhafteten Grundstücke auf den Eigentümer des in die Zwangsvollstreckung gebrachten Grundstücks über, wenn und soweit dieser Eigentümer ersatzberechtigt ist (§ 1182). Der Ersatzpflicht eines Eigentümers steht in Ansehung des Überganges der Hypothek auf den Ersatzberechtigten stets die Ersatzpflicht eines Rechtsvorgängers gleich (§§ 1164, 1173, 1174, 1182). In denjenigen Fällen der §§ 1173, 1182, in denen der zahlende Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist, geht zufolge der Vorschrift des § 1143 die Forderung auf den Eigentümer über; in allen übrigen Fällen spricht das Gesetz nur von einem Übergange der Hypothek, ohne die Forderung zu erwähnen. Deshalb wird vielfach angenommen, daß in den letzten Fällen auch nur die Hypothek auf den Ersatzberechtigten übergehe und sich mit dessen Ersatzforderung verbinde, während

die ursprüngliche Hypothekenforderung erlösche[23]). Wäre dies richtig, so würde hier insofern eine die Abtretung der Hypothek berührende Ausnahme von der Regel des § 1153 vorliegen, als der Ersatzberechtigte die Hypothek ohne die ursprüngliche Hypothekenforderung abtreten könnte. Man wird hier jedoch nach Analogie der §§ 426 und 774 auch den Übergang der ursprünglichen Hypothekenforderung auf den Ersatzberechtigten annehmen müssen[24]). Der Übergang der Hypothekenforderung auf den Ersatzberechtigten könnte in diesen Fällen allerdings den Untergang der Forderung durch Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person des Ersatzberechtigten und infolge dessen die Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld gemäß §§ 1163, 1177 nicht zur Folge haben, weil dadurch in den Fällen der §§ 1164, 1174 und 1182 die Absicht des Gesetzes, den Ersatzberechtigten zu sichern, vereitelt würde. Diese notwendige Konsequenz der hier vertretenen Auffassung steht jedoch ihrer Richtigkeit nicht entgegen, da der Grundsatz, daß eine Forderung infolge Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person erlischt, durchaus nicht ausnahmslos gilt. (cf. Protokolle Bd. 1 S. 376 und Bd 3. S. 422 u. S. 356.)

Daß der Umstand nicht als Beweis für die Unabhängigkeit der Hypothek von der Forderung dienen kann, daß neben der Hypothek eine Forderung besteht, welcher nur ihre Erzwingbarkeit fehlt (§ 223 Abs. 1), oder bei welcher die Erzwingbarkeit sogar nur beschränkt ist (bei einer auf bestimmte Gegenstände beschränkten persönlichen Haftung des Schuldners; cf. Planck Bem. 5 Abs. 5 zu § 1113 S. 454) liegt auf der Hand. Die Erzwingbarkeit ist

---

[23]) Hachenburg, Vorträge S. 572 und 625; Planck, S. 558 Bem. 3 zu § 1164, S. 577 Bem. 4 b β zu § 1173, S. 580 Bem. 4 zu § 1174, S. 599 Bem. 3 Abs. 3 zu § 1182; Oberneck, § 112 Z. 2 a. E. S. 470, § 145 Z. 5 b und 6 S. 630 f. u. a.

[24]) Die im Texte vertretene Ansicht dürfte der Auffassung der Protokolle entsprechen: Protokolle, Bd. 3 S. 626, S. 634 u. S. 728; cf. auch Denkschrift, S. 152 f.; Fuchs, Bem. 6 zu § 1164 S. 531, Bem. 5 a zu § 1174 S. 561, Bem. 8 c zu § 1182 S. 585 nimmt für die Fälle der §§ 1164, 1174 u. 1182 Übergang und Fortbestand der Hypothekenforderung an, desgleichen Predari, S. 240 N. 22 für die Fälle der §§ 1164, 1174. In den Fällen des § 1173 nimmt Fuchs, Bem. 9 zu § 1173 S. 558 Umwandelung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld an, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer persönlicher Schuldner ist. Nach Turnau-Förster, Bem. 2 zu § 1164 S. 753, Bem. II 5 zu § 1173 Seite 774, Bem. 2 zu § 1174 S. 778, Bem. I 4 zu § 1182 S. 799 f. geht die Hypothek in allen Fällen als Grundschuld auf den Ersatzberechtigten über.

der Forderung nicht wesentlich (naturalis obligatio); und die Verpflichtung des Schuldners, das Leistensollen ist auch hier vorhanden. Das der Verpflichtung des Schuldners entsprechende Recht des Gläubigers beherrscht auch hier die Hypothek, gibt ihr ihren Inhalt und überträgt sie im Falle der Abtretung auf den Erwerber.

Damit sind alle Fälle erschöpft, in denen nach Ansicht der Gegner die Hypothek ohne die Forderung existieren bezw. abgetreten werden kann. Keiner dieser Fälle zwingt dazu, wie gezeigt ist, eine Ausnahme von den Vorschriften des § 1153 anzunehmen. Die oben entwickelten Regeln, daß die Hypothek nicht ohne eine Forderung abgetreten werden kann, daß vielmehr die Abtretung der Forderung das einzige Mittel zur Abtretung der Hypothek ist, und daß demgemäß die Abtretbarkeit der Hypothek sich nach der Abtretbarkeit der Forderung richtet, können also ausnahmslose Geltung beanspruchen.

2. Abschnitt. Die Form der Abtretung.

Während im allgemeinen die Abtretung eines Rechts formlos zulässig ist (§§ 398, 413), hat das Gesetz die Abtretung der Hypothek an die Beachtung einer Form geknüpft; und zwar hat es in Anerkennung des Umstandes, daß eine rechtsgeschäftliche Übertragung der Hypothek nur durch Abtretung der Forderung möglich ist, die Abtretung der Forderung formalisiert. Bei Nichtbeobachtung der Form ist der Übertragungsvertrag nichtig (§ 125). Es kann nur auf Grund des der Abtretung zu Grunde liegenden formlos zulässigen Kaufalgeschäftes auf Nachholung der Förmlichkeiten geklagt werden[1]). Die Form wird durch § 1154 in Verbindung mit §§ 873, 1117 bestimmt; sie ist bei der Briefhypothek, d. h. bei der Hypothek, für die ein Hypothekenbrief erteilt ist, und bei der Buchhypothek, d. h. bei der Hypothek, bezüglich deren die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen ist, verschieden (§§ 1116, 1154).

Die Abtretung der Forderung, für die eine Buchhypothek besteht, unterstellt der § 1154 den für die Übertragung von dinglichen Rechten geltenden allgemeinen Vorschriften der §§ 873 und 878. Danach ist zur Abtretung der Forderung die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich. Die zur Einigung erforderlichen Erklärungen können nach Z.P.O. § 894 durch rechtskräftige Verurteilung des Abgabepflichtigen zur Abgabe der Erklärungen ersetzt werden.

---

[1]) A. M. Fischer, S. 262; gegen ihn Planck, Bd. 3 S. 533 Bem. 4 zu § 1154; Fuchs, S. 484 Bem. I 1 a zu § 1154; Hachenburg, Vorträge S. 568 ff.

Über die Erfordernisse vertraglicher Übertragung der Buchhypothek bezw. ihrer Forderung, über die Einigung und Eintragung, ist im einzelnen folgendes zu bemerken:

Die Einigung und die Eintragung bilden kein einheitliches Rechtsgeschäft; sie sind selbständige, gleichwertige Erfordernisse der Rechtsänderung. Die Einigung ist ein abstrakter dinglicher Vertrag, nnd die Eintragung ist eine dem Grundbuchamt nach § 13 ff. G.B.O. obliegende Amtshandlung[2]). Insbesondere ist die Eintragung keine Form des dinglichen Vertrages[3]), sie ist vielmehr als gesetzliche Bedingung des Eintritts der Rechtsänderung zu charakterisieren[4]).

Die Vertragsnatur der Einigung ist nicht unbestritten; sie ergibt sich jedoch aus dem Vorhandensein von zwei mit Bezug aufeinander abgegebenen und übereinstimmenden, auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichteten Privatwillenserklärungen. Diese übereinstimmenden Willenserklärungen, die Einigung, sind hier unmittelbar auf den Eintritt der Rechtsänderung, d. h. auf die Übertragung der Forderung, gerichtet; sie übertragen in Verbindung mit der Eintragung die Forderung auf den Erwerber. Die Verpflichtung zur Übertragung beruht, sofern überhaupt eine Verpflichtung vorhanden ist, auf dem der Einigung zu Grunde liegenden Kaufalgeschäft, auf das bei der Einigung jedoch nicht zurückgegangen zu werden braucht. Die Einigung ist von dem Kaufalgeschäft völlig losgelöst, sie ist also ein reines Leistungsgeschäft, ein abstrakter dinglicher Vertrag[5]).

Unrichtig ist es, der Einigung, wie Meisner es S. 40 tut, den Charakter eines Vertrages absprechen zu wollen, weil sie lediglich ein Leistungsgeschäft ist. Das Wesen des Vertrages liegt nicht in der Erzeugung eines rechtlichen Anspruchs, sondern

---

[2]) So: Protokolle, Bd. 3 S. 58 f.; Planck, Bd. 3 S. 73 Bem. 2 zu § 873; Fuchs, S. 61 Bem. 20a zu § 873; Oberneck § 37 S. 181 ff.; Altvater, S. 83; Lehmann § 37 S. 126; Haidlen, S. 49 Bem. I zu § 873; Predari, S. 109 Z. 2; Biermann, S. 2 Bem. 6c u. a. Abweichend: Neumann, Bd. 1 S. 562 Bem. 5 zu § 873; Protokolle, Bd. 3 S. 57; Meisner, S. 38 ff.; Bruck, insbesondere S. 14 ff.

[3]) Fuchs a. a. O.; Oberneck a. a. O. S. 182.

[4]) Fuchs a. a. O.; Oberneck a. a. O. S. 184.

[5]) cf. über den dinglichen Vertrag insbesondere Planck, Bd. 3 S. 14 ff. und Bd. 1 S. 196 Bem. 2; Fuchs, S. 38 ff.; Oberneck, § 37 Z. 4 S. 181 ff.

nur in der Erzeugung eines rechtlichen Erfolges[6]), und dieser ist bei der Einigung vorhanden. Daß die Einigung den beabsichtigten rechtlichen Erfolg nicht allein, sondern nur in Verbindung mit der Eintragung herbeiführt, daß also hier zu der Einigung noch eine weitere Rechtsbedingung hinzutreten muß, beeinträchtigt ihre Vertragsnatur nicht[7]). Unrichtig ist es auch, den Vertragscharakter der Einigung mit Meisner (S. 40) wegen ihrer etwaigen Erzwingbarkeit nach Maßgabe des ihr zu Grunde liegenden Kausalvertrages zu leugnen. Wäre die Ansicht Meisners richtig, so müßte man ja jedem zweiseitigen obligatorischen Rechtsgeschäfte, dem ein Vorvertrag voraufgeht, den Vertragscharakter absprechen, weil es erzwingbar ist[8]). Gegen die Vertragsnatur der Einigung kann auch nicht geltend gemacht werden, daß das Gesetz absichtlich die Bezeichnung der Einigung als Vertrag vermieden hat. Dies ist lediglich geschehen, weil es sich hier um eine Frage der juristischen Konstruktion handelt, welche die Wissenschaft zu entscheiden hat[9]). Man wird deshalb daran festhalten müssen, daß die Einigung ein Vertrag ist.

Die Einigung ist, wie oben schon gesagt, von dem ihr zu Grunde liegenden Kausalgeschäfte losgelöst; sie ist ein vollkommen selbständiger abstrakter Vertrag. Mängel, welche die Gültigkeit des Kausalgeschäftes beeinträchtigen, berühren nicht schon um deswillen die Einigung. Auch wenn das Kausalgeschäft nichtig ist, geht die Forderung bei gültiger Einigung und erfolgter Eintragung auf den Erwerber über. Der bisherige Gläubiger hat nur einen obligatorischen Anspruch aus §§ 812 ff. gegen den Erwerber[10]). Ist jedoch die Einigung nichtig oder angefochten, so begründet die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch die materielle Unrichtigkeit des letzteren, mag auch eine Verpflichtung des Berechtigten zur Abtretung infolge eines gültig abgeschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäfts begründet und demgemäß ein Anspruch auf Wiederholung der Einigung vorhanden sein. Der bisherige Gläubiger bleibt Gläubiger, solange nicht die Einigung nochmals vorgenommen ist, und hat gegen den nun

---

[6]) Fuchs, S. 40 Bem. 46 dd.

[7]) Protokolle, Bd. 3 S. 58; A. M. Bruck, S. 14.

[8]) Über die Erzwingbarkeit eines Vertrages auf Grund eines Vorvertrages nach heutigem Recht cf. Endemann, Bd. 1 S. 458, 2; Cosack, Bd. 1 S. 293.

[9]) Protokolle, Bd. 3 S. 59.

[10]) cf. Denkschrift, S. 118.

im Grundbuch als Gläubiger Eingetragenen einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nach §§ 894 ff., dem jedoch unter Umständen die Einrede der Arglist auf Grund des Kausalgeschäfts entgegengesetzt werden kann. Dritte rechtsgeschäftliche Erwerber sind jedoch gegen diesen Anspruch im Falle guten Glaubens auf alle Fälle durch die §§ 1138, 892 geschützt.

Als Inhalt der Einigung verlangt das Gesetz lediglich Willensübereinstimmung der Parteien über den Eintritt der Rechtsänderung (§ 873), hier also über den Übergang der Hypothekenforderung auf den Erwerber. Ein formaler Inhalt ist für die materielle Wirksamkeit der Einigung nicht vorgeschrieben[11]).

Die Einigung kann bedingt und befristet sein. Insbesondere ist es auch zulässig, den Abschluß eines Kausalgeschäftes als Bedingung der Einigung zu setzen. Dies bedeutet eine Durchbrechung ihrer abstrakten Natur[12]), da sie dadurch an das Kausalgeschäft geknüpft und von ihm in Abhängigkeit gebracht ist.

Die Einigung hat zwischen dem bisherigen Hypothekengläubiger und dem Erwerber zu erfolgen. Daß der bisherige Gläubiger als solcher in das Grundbuch eingetragen ist, ist für die Gültigkeit der Einigung nicht erforderlich, wohl aber nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs. 1 G.B.O. für die Eintragung des Erwerbers[13]). Hat ein Nichtberechtigter, der auch nicht als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen ist, die Einigung mit dem anderen Teil abgeschlossen, so ist sie an sich ungültig, kann aber nach Maßgabe des § 185 gültig sein (§ 185 Abs. 1) oder werden (§ 185 Abs. 2)[14]).

Die Einigung ist formlos zulässig. Die zu der Einigung erforderlichen Willenserklärungen gelten als abgegeben, wenn der Abgabepflichtige zur Abgabe rechtskräftig verurteilt ist (Z.P.O. § 894). Sie kann der Eintragung zeitlich vorangehen oder ihr nachfolgen[15]). Für sie gilt die Besonderheit, daß sie vor der Eintragung und bis zur Erfüllung der sogenannten Bindungsförmlichkeiten des § 873 Abs. 2 von jedem Teil beliebig widerrufen werden kann (§ 873 Abs. 2)[16]), und daß — in natur-

[11]) Neumann, Bem. A I 4 zu § 873 S. 562; Haidlen, Bem. II 1 a zu § 873 S. 58 behauptet allerdings, daß nach dem B.G.B. die Eintragungsbewilligung ein wesentlicher Bestandteil der Einigung sei.

[12]) Dernburg, § 64 III b S. 199.

[13]) Planck, Bd. 3 S. 73 Bem. 3 zu § 873.

[14]) Planck, a. a. O.

[15]) Denkschrift, S. 118.

[16]) Über den Grund dieser Vorschriften cf. Motive, Bd. 3 S. 175 und Protokolle, Bd. 3 S. 63.

gemäßer Folge dieser Widerruflichkeit — durch die Aufforderung zur Einigung trotz der Vorschrift der §§ 145 ff. keine Gebundenheit entsteht, falls nicht eine Eintragung bereits erwirkt ist oder die Aufforderung in einer Form erfolgt, welche geeignet sein würde, eine Bindung der Parteien an die Einigung herbeizuführen (Aufforderung zur Einigung unter Aushändigung einer den Vorschriften der G.B.O. entsprechenden Eintragungsbewilligung)[17]). Ist die Eintragung der Einigung vorausgegangen, oder ist die Eintragung auf Grund der Einigung (wenn auch den Vorschriften der G.B.O. zuwider) erfolgt, so ist die Einigung auch ohne Beobachtung der Bindungsförmlichkeiten unwiderruflich. — Der Eintritt des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit des einen Teiles sind auch auf die noch widerrufliche Einigung ohne Einfluß, falls nicht ein anderer Wille desselben bei Abgabe seiner Erklärung anzunehmen ist (§§ 130, 153)[18]).

Die Bindungsförmlichkeiten für die Einigung sind nach § 873 Abs. 2 gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärungen, Abgabe derselben vor dem Grundbuchamt oder Einreichung derselben bei diesem oder Aushändigung einer den Vorschriften der G.B.O. entsprechenden Eintragungsbewilligung seitens des Berechtigten an den anderen Teil. Eintragungsfähige Urkunden verlangt das Gesetz nicht, abgesehen von dem Falle der Aushändigung der Eintragungsbewilligung. Besonders ist zur Erwirkung der Bindung nicht nötig, daß die Erklärungen im Falle ihrer Abgabe vor dem Grundbuchamt protokolliert werden, oder daß sie bei ihrer Einreichung daselbst öffentlich beglaubigt sind[19]). Dies ergibt sich argumento e contrario daraus, daß für den Fall der Bindung durch Aushändigung einer Eintragungsbewilligung für letztere ausdrücklich die Formvorschriften der

---

[17]) Bruck, S. 69 f.

[18]) Planck, Bd. 3 S. 75 Bem. d.

[19]) Cosack, Bd. 2 § 176 IV 1 β S. 19; Fuchs, Bem. 25 zu § 873 S. 63; Planck, Bd. 3 S. 74 Bem. 4 b u. c zu § 873; Kober, Bem. III 1 b u. c zu § 873 S. 52; Matthiaß § 8 S. 27 Anm. 4. A. M.: Motive, S. 175, deren Begründung jedoch nur den Vorschriften des Entw. I, nicht den abweichenden Vorschriften des B.G.B. entspricht; Protokolle, Bd. 3 S. 63; Biermann, Bem. 2 d u. e zu § 873 S. 47; Strecker, S. 30; Turnau-Förster Bem. III B 3 b zu § 873 S. 94; Predari, S. 113 ff.; Boehm, Bem. VIII B zu b u. zu c zu § 873; Neumann, Bem. I 5 b β zu § 873 S. 563 (jedoch nur in Ansehung des Erfordernisses der Protokollierung).

G.B.O. vorgeschrieben sind, während eine solche Bestimmung bezgl. der anderen Bindungsförmlichkeiten fehlt.

Die Wirkung der Erfüllung einer dieser Bindungsförmlichkeiten ist nach § 873 eine negative. Die Parteien sind nun an die Einigung gebunden, sie können sie nicht widerrufen. Eine weitere Wirkung erhält die bindend gewordene Einigung durch den gleichfalls von § 1254 in Bezug genommenen § 878. Danach wird, wenn die Einigung bindend geworden und auch der Antrag auf Eintragung gestellt ist, der Übergang der Forderung auf den Erwerber nicht mehr dadurch berührt, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird. Diese Wirkung ist von besonderer Bedeutung für den Fall des Konkurses des Abtretenden. Da die Forderung bis zum Vollzug der Eintragung zum Vermögen des Abtretenden gehört, würde sie bei vorher eintretendem Konkurse in die Konkursmasse fallen. § 878 scheidet die Forderung aus derselben, so daß sie mit der Eintragung auf den Erwerber übergeht, wie wenn der Konkurs nicht ausgebrochen wäre. Die nach den §§ 29 ff. K.O. etwa zulässige Anfechtung der Abtretung wird durch § 878 nicht betroffen.

Nach einer mehrfach vertretenen Ansicht soll dem Erwerber aus der bindend gewordenen Einigung ein Anspruch auf Eintragung der Rechtsänderung zustehen. Er soll auf Erfüllung dieses Anspruchs klagen können, ohne auf das zu Grunde liegende Kausalgeschäft zurückgreifen zu müssen [20]). Es ist schon ausgeführt, daß die Einigung ein reines Leistungsgeschäft ist, dessen Wesen das Moment des Anspruchs fremd ist. Aus dem Begriff der Einigung läßt sich der obige Anspruch also nicht herleiten. § 873 Abs. 2 soll diesen Anspruch jedoch an den Tatbestand der Bindungsförmlichkeiten geknüpft haben, indem er vorschreibt, daß die Parteien, sobald die Bindungsförmlichkeiten erfüllt sind, an die Einigung gebunden sein sollen [21]). Der Anspruch soll eine Folge der Bindung sein. Dies ist irrig. Aus dem Gebundensein des Erklärenden an seine Erklärung ergibt sich lediglich die Unwiderruflichkeit der Erklärung und nur, sofern die Erklärung einen Anspruch erzeugt, auch die Erzwingbarkeit des Anspruchs. Die Bindung selbst ist aber nicht anspruchserzeugend. Somit kann auch aus der „bindenden" Einigung kein Anspruch auf Eintragung

---

[20]) Fuchs, S. 64 Bem. 28 zu § 873; Oberneck, § 37 Z. 4 b S. 183 ff.; Strecker, S. 35 f.; Endemann, Bd. 2 § 81 Z. 3 S. 81; Boehm, S. 525; Scherer, 1. Jahr, S. 179 Nr. 786.

[21]) Fuchs, a. a. O.

geltend gemacht werden; das kann ausschließlich auf Grund des Kausalgeschäfts geschehen.[22])

Zur Erwirkung der Eintragung bei dem Grundbuchamt ist der Nachweis der Einigung nicht erforderlich. Selbst wenn das Fehlen der Einigung feststeht, hat die Eintragung zu erfolgen, sofern nur die formellrechtlichen Voraussetzungen der G.B.O. vorhanden sind[23]). Sogar ein Verstoß gegen diese macht die Eintragung nicht unwirksam, da die die Eintragung betreffenden Vorschriften der G.B.O. ausschließlich Ordnungsvorschriften sind[24]). Die von den Parteien zu verwirklichenden Voraussetzungen der Eintragung sind: Antrag des Berechtigten oder des anderen Teiles (§ 13 G.B.O.) und eine den Vorschriften der §§ 28 und 29 G.B.O. entsprechende Eintragungsbewilligung des eingetragenen Berechtigten (§§ 19, 18, 29 und 40 G.B.O.)[25]). Die Eintragungsbewilligung gilt nach Z.P.O. § 894 als erteilt, wenn der bisherige Gläubiger zu ihrer Erteilung rechtskräftig verurteilt ist. Ist der Antrag einseitig gestellt, so kann er auch vom Antragsteller einseitig widerrufen werden, sofern nicht schon die Eintragung erfolgt ist[26]). Bei einer Gesamthypothek bewirkt die Eintragung den Übergang des Rechtes erst, wenn die Eintragung bei allen belasteten Grundstücken erfolgt ist[27]).

Wie schon oben gesagt, ist die Eintragung gesetzliche Bedingung des Eintritts des durch die Einigung bezweckten Erfolges des Überganges der Forderung und der Hypothek auf den Erwerber. Die Eintragung hat also nicht nur beurkundende, sondern auch rechtserzeugende Kraft. Letztere hat sie freilich nur in Verbindung mit der Einigung; aber auch beim Fehlen derselben ist sie nicht ohne Wirkung. Die Eintragung begründet die Vermutung, daß der als Hypothekengläubiger Eingetragene der wirkliche Gläubiger sei (§ 891). Wer sich gegenüber einem als Gläubiger Eingetragenen darauf beruft, daß derselbe nicht der Berechtigte sei, der hat dies zu beweisen. Die Eintragung legitimiert weiter den Eingetragenen

---

[22]) Gegen die Klagbarkeit der bindenden Einigung cf. Planck, Bd. 3 S. 76 Bem. 6; Neumann, Bd. 1 Bem. A I 5c zu § 873 S. 563; Biermann, Bem. 3 zu § 873 S. 48; Predari, S. 110; Mugdan u. Falkmann, Bd. 5 S. 157.

[23]) Achilles-Strecker, S. 210 oben.

[24]) Achilles-Strecker, S. 140.

[25]) Eine Ausnahme von der Regel des § 40 Abs. 1 G.B.O. enthält § 41 G.B.O.

[26]) Achilles-Strecker, S. 248.

[27]) Fuchs, S. 487 Bem. 10 b zu § 1154; Planck, Bd. 3 S. 493 Bem. 4 zu § 1132; Protokolle, Bd. 3 S. 637; Turnau-Förster, S. 723 Bem. I 4 zu § 1154. Abweichend: Boehm, S. 219 Bem. II zu § 1154.

einem gutgläubigen Dritten gegenüber als Gläubiger; der wirkliche Gläubiger muß die mit einem gutgläubigen Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte des Eingetragenen, die eine Verfügung über die Forderung oder die Hypothek enthalten, und ebenso Leistungen, welche ein gutgläubiger Dritter an den Eingetragenen auf Grund der Forderung oder der Hypothek bewirkt, gegen sich gelten lassen, wenn auch sein Recht dadurch verloren geht (§§ 892, 893). Schließlich ist dem Grundbuchamte gegenüber nur der Eingetragene legitimiert, Eintragungen, welche die Forderung oder die Hypothek betreffen, zu bewilligen (§ 40 Abs. 1 G.B.O.) [28]).

Aus diesen Wirkungen der Eintragung folgt, daß bei der Abtretung der Buchhypothek die Eintragung praktisch das bedeutsamere Element des Übertragungsaktes ist. Die Eintragung prägt der Abtretung der Buchhypothek ihren Charakter auf.

Für die Abtretung der Briefhypothek hat der § 1154 eine besondere Form geschaffen; für sie verlangt er die Erteilung einer schriftlichen Abtretungserklärung und die Übergabe des Hypothekenbriefes. Die Annahme der Abtretungserklärung ist nicht besonders vorgeschrieben, ist aber, da die Abtretung ein Vertrag ist (§§ 398, 413), nach §§ 145 ff. selbstverständliches Erfordernis [29]). Erst das Vorhandensein dieser drei Bedingungen: die schriftliche Abtretungserklärung, ihre Annahme und die Briefübergabe bewirkt den Eintritt der Rechtsänderung.

Für die Briefübergabe gilt im einzelnen folgendes. Der Brief muß dem neuen Gläubiger vom bisherigen Gläubiger übergeben werden, die Übergabe desselben kann jedoch durch die Übergabesurrogate der §§ 929 Satz 2, 930, 931 (brevi manu traditio, constitutum possessorium, Abtretung des Herausgabeanspruchs), sowie durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamte aushändigen zu lassen (§ 1117). Den Fall dieser Vereinbarung ausgenommen, ist für die Abtretung der Briefhypothek demnach erforderlich, daß der Abtretende dem Erwerber den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Hypothekenbriefes verschafft, dessen Existenz in diesen Fällen also regelmäßig Voraussetzung der Abtretung ist; ist derselbe verloren gegangen, so muß er im Wege

---

[28]) Hat jemand vor dem Inkrafttreten des heutigen Liegenschaftsrechts eine Buchhypothek ohne Eintragung erworben, bedarf er nach diesem Zeitpunkt der Eintragung, wenn er über die Hypothek verfügen will.

[29]) Planck, Bd. 3 S. 532 Bem. 3 b α zu § 1154.

des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt (§ 1162) und ein neuer Brief erteilt werden (§ 67 G.B.O.). Nur für den Fall der Abtretung im Wege der Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 ist die Existenz des Briefes nicht notwendiges Erfordernis [30]). Es muß das Grundbuchamt nur in der Lage sein, dem Erwerber einen Brief demnächst auszuhändigen, d. h. die Parteien müssen die ihnen obliegenden Schritte, welche Voraussetzung für die Aushändigung des Briefes seitens des Grundbuchamts sind, getan haben. Es muß also, wenn ein Brief vorhanden ist, dieser dem Grundbuchamt — z. B. § 42 G.B.O. gemäß zum Zweck der Eintragung der Abtretung in das Grundbuch — übergeben sein, oder er muß, wenn er verloren gegangen ist, für kraftlos erklärt sein und die Erteilung eines neuen Briefes muß beantragt sein [31]). Diese Voraussetzungen werden zwar vom Gesetz nicht ausdrücklich gefordert, liegen aber in der Natur der Sache; wollte man von ihnen absehen, so würde die Vorschrift des § 1117 Abs. 2 die Vorschriften des § 1117 Abs. 1 illusorisch machen. Deshalb ist die Vereinbarung und damit die Abtretung wirkungslos, wenn diese Voraussetzungen fehlen. Eine Form ist übrigens für die Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 nicht vorgeschrieben; auch formlos getroffen, bewirkt sie, die übrigen Erfordernisse der Abtretung vorausgesetzt, den Übergang der Forderung und der Hypothek [32]).

Der Brief gilt als übergeben, wenn der Gerichtsvollzieher gemäß § 897 Abs. 2 Z.P.O. dem zur Abtretung der Hypothek verurteilten bisherigen Gläubiger den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den neuen Gläubiger weggenommen hat.

Ist der Gläubiger im Besitz des Briefes, so wird vermutet, daß der Brief ihm vom bisherigen Gläubiger übergeben sei (§ 1117 Abs. 3; 1154).

Der Besitz des Hypothekenbriefes ist, wenn auch nicht allein, so doch in erster Linie für die Legitimation zur Verfügung über Forderung und Hypothek das Entscheidende (§§ 1154, 1155, 1160, 1161 B.G.B.; §§ 40 Abs. 2, 42 G.B.O.). Mit der Aushändigung des Briefes an den Erwerber wird deshalb dem bisherigen Gläubiger die Möglichkeit zu solcher Verfügung ge-

[30]) cf. auch Fischer, S. 255 Z. 7 b; Fuchs, S. 403 Bem. 5 zu § 1117; Lehmann, § 91 Z. 5. A. M.: die in Seuffert's Archiv, Bd. 57 Nr. 78 abgedruckte Entscheidung des O.L.G. zu Breslau.

[31]) Planck, Bd. 3 S. 531 Bem. 3 a zu § 1154.

[32]) Das Grundbuchamt soll jedoch den Brief dem Erwerber auf Grund solcher Vereinbarung nur aushändigen, wenn diese nach §§ 60, 29 Satz 1 G.B.O. ihm nachgewiesen ist. cf. Langfeld, S. 386.

nommen. Die Übergabe des Hypothekenbriefes hat somit auch selbständige Bedeutung.

Die Schriftform der Abtretungserklärung bestimmt sich nach § 126. Danach bedarf es der Niederlegung des Erklärungsinhaltes in der Urkunde und eigenhändiger Namensunterschrift bezw. Unterzeichnung mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens. Daraus, daß Niederlegung des Erklärungsinhaltes, hier also des Inhaltes der Abtretungserklärung, in der Urkunde erforderlich ist, ergibt sich die Unzulässigkeit der Blankozession. Bei dieser wird der Name desjenigen, dem abgetreten wird, in der Urkunde nicht aufgenommen, der Erklärungsinhalt in einem wesentlichen Punkte also nicht in der Urkunde niedergelegt[33]). Die Blankozession genügt darum dem Erfordernis der Schriftform nicht[34]). Nach § 126 Abs. 3 kann die schriftliche Form durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 128) ersetzt werden.

Das Gesetz verlangt für die Abtretungserklärung zu ihrer Gültigkeit einfache Schriftform, nicht öffentliche Beglaubigung; die privatschriftliche Abtretungserklärung überträgt in Verbindung mit der Briefübergabe die Hypothek auf den neuen Gläubiger. Trotzdem wird die öffentliche Beglaubigung im Leben die gewöhnliche Form für die Abtretungserklärung sein, da das Gesetz zur Geltendmachung der Hypothek und eventuell auch der Forderung seitens des Erwerbers sowie zur Erwirkung von dessen Eintragung und der von ihm bewilligten Eintragungen den Nachweis des Gläubigerrechtes und damit auch den der Abtretungserklärung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden fordert. Es kann also der neue Gläubiger sein Gläubigerrecht, das er zwar mittels privatschriftlicher Abtretungserklärung erlangen kann, doch nur bei öffentlich beglaubigter Ab-

---

[33]) Neumann, Bd. 1 Bem. I 2 a zu § 1154 S. 753; Planck, Bd. 3 S. 532 Bem. 3 b γ zu § 1154. Gegen die Zulässigkeit der Blankozession sind ferner: Fuchs, S. 485 Bem. 4 a α zu § 1154; Fischer, S. 264 f.; Kober, S. 450 Bem. I B 1 c zu § 1154; Turnau-Förster, S. 724 Bem. II 3 zu § 1154; Achilles-Strecker, S. 79 u. a. cf. Motive, S. 783 f.; Protokolle, Bd. 3, S. 651 ff. A. M. Scherer, Kommentar S. 290 Nr. 529. Gegen den Versuch Huther's (besonders S. 152), die Blankozession von Hypotheken mittels einer zwar juristisch sich nicht als Blankozession darstellenden Konstruktion wenigstens tatsächlich zu retten cf. Langfeld, S. 184.

[34]) Über die Frage, wie Blankozessionen sowie überhaupt unbeglaubigte Zessionen, die vor dem Inkrafttreten des heutigen Liegenschaftsrechtes gültig ausgestellt sind, nach diesem Zeitpunkt zu behandeln sind, cf. Planck, Bd. 6 S. 346 Bem. 4 b; Langfeld, S. 183 Bem. 1.

tretungserklärung geltend machen[35]). § 1155 gewährt noch eine weitere Begünstigung des durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen legitimierten Erwerbers, indem er ihm die Stellung eines eingetragenen Gläubigers gibt, falls die öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen — denen nur gerichtliche Überweisungsbeschlüsse und öffentlich beglaubigte Anerkenntnisse einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung gleichgestellt sind — auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführen. (Hierüber cf. unten im 3. Abschnitt.) Die privatschriftliche Abtretungserklärung überträgt also gegenüber der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung nur ein Gläubigerrecht geringeren Wertes. Deshalb gibt das Gesetz dem Erwerber auch das Recht, bei der Abtretung oder nachträglich von seinem Vormanne die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung und zwar, abweichend von der Vorschrift des § 403, auf dessen Kosten zu verlangen (§ 1154 Abs. 1 Satz 2; cf. den Anfang des 3. Abschnitts).

Die Abtretungserklärung kann mangels besonderer gesetzlicher Vorschrift auf einem besonderen Blatt niedergeschrieben oder auf den Hypothekenbrief gesetzt werden[36]). Eine reichsgesetzliche Vorschrift darüber, ob ersteren Falles die Abtretungsurkunde mit dem Brief zu verbinden ist oder nicht, besteht gleichfalls nicht; doch schreibt § 9 G.B.O. vor, daß Urkunden, auf die eine Eintragung sich gründet, im Falle des § 26 Abs. 1 G.B.O. also die Abtretungserklärung, vom Grundbuchamt aufzubewahren sind[37]). Die von § 1154 verlangte Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung ist nicht, wie Fuchs (S. 485 Bem. 4γ zu § 1154) meint, identisch mit deren Ausstellung, sondern umfaßt auch ihre Aushändigung an den Erwerber[38]); letztere ist also auch Voraussetzung für den Übergang der Forderung. Dies dürfte sich meines Ermessens daraus ergeben, daß die Abtretungserklärung als Vertragsantrag eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist.

---

[35]) Über die Gründe, welche dazu geführt haben, für die Gültigkeit der Abtretungserklärung einfache Schriftform für genügend zu erklären, aber für die Betätigung des Gläubigerrechts öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen zu verlangen, cf. Protokolle, Bd. 3 S. 650 f.

[36]) cf. Motive, S. 750.

[37]) Die Herausgabe einer solchen Urkunde darf nur erfolgen, wenn statt der Urkunde eine beglaubigte Abschrift aufbewahrt wird. § 9 Abs. 1 Satz 2 G.B.O.

[38]) Planck, Bd. 3 S. 533.

Die Abtretungserklärung gilt nach § 894 Z.P.O. auch als abgegeben, wenn der bisherige Gläubiger zu ihrer Abgabe rechtskräftig verurteilt ist.

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung wie auch ihre öffentliche Beglaubigung, selbstverständlich nicht die Abtretungserklärung selbst, kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird (§ 1154). Doch kann diese Eintragung nach § 894 auch neben der privatschriftlichen bezw. öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung erfolgen.

Für die formellrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung gelten hier einzelne Besonderheiten. Der die Eintragung Bewilligende braucht nicht im Grundbuche eingetragen zu sein, sofern er nur nach § 1155 legitimiert ist (§ 40 Abs. 2 G.B.O.). Die Vorlage der Eintragungsbewilligung kann durch Einreichung der Abtretungserklärung ersetzt werden (§ 26 G.B.O.). Schließlich ist auch der Hypothekenbrief dem Grundbuchamte vorzulegen (§ 42 G.B.O.). Auf dem Brief ist dann nach § 62 G.B.O. die Eintragung zu vermerken, so daß der Gläubiger mit ihm eine öffentliche Urkunde über die Abtretung erhält. Um deswillen ist eben im Falle der Eintragung der Abtretung die schriftliche Abtretungserklärung für überflüssig erklärt[39]).

Die Eintragung der Abtretung hat bei der Briefhypothek keine selbständige Bedeutung. Der eingetragene Gläubiger bedarf zu seiner Legitimation des Hypothekenbriefes (§§ 1154, 1160, 1161 B.G.B.; § 42 G.B.O.). Auch kann er sich, solange ihm der Brief noch nicht übergeben ist, zum Beweise seines Gläubigerrechts nicht auf die Eintragung berufen. Nur Eintragung und Briefbesitz begründen die Vermutung des Gläubigerrechts. Dies ergibt sich mittelbar aus § 1117; § 1110 des Entw. I eines B.G.B., aus dem § 1117 hervorgegangen ist, gab ausdrücklich eine Beweisregel in diesem Sinne; eine Änderung dieser Vorschrift ist mit der Umwandlung des § 1110 zweifellos nicht beabsichtigt[40]).

Da nur für die Abtretungserklärung, nicht für den Abtretungsvertrag Schriftlichkeit vorgeschrieben ist, so kann die Annahme in Ermangelung einer bezüglichen Formvorschrift formlos erfolgen. Auf die Annahme finden insbesondere die §§ 146 ff. Anwendung;

[39]) Protokolle, Bd. 3 S. 648.

[40]) Fischer, S. 256 Anm. 25; Fuchs, S. 404 Bem. 6 zu § 1117 und S. 149 Bem. 5 c zu § 891; Dernburg, S. 150 § 48 Z. 5; Predari, S. 162 b. Abweichend Oberneck, § 43 Z. 3 S. 206 f.; Turnau-Förster, Bem. 3 zu § 891 S. 197; Biermann, S. 76 Bem. 2 a zu § 891.

erfolgt sie nach diesen Vorschriften nicht rechtzeitig, so erlischt der in der Abtretungserklärung liegende Abtretungsantrag.

Der Charakter der in der Abtretungserklärung und ihrer Annahme liegenden Einigung ist derselbe wie derjenige, der für die Abtretung der Buchhypothek erforderlichen Einigung.

Ein Vergleich der für die rechtsgeschäftliche Übertragung der Briefhypothek und der Buchhypothek vorgeschriebenen Formen ergibt, daß die Briefhypothek die bewegliche, leichter zu übertragende und daher für den Verkehr geeignetere ist. Bei ihr sind im Gegensatz zur Buchhypothek die Voraussetzungen der Übertragung von den Parteien leicht selbst zu verwirklichen. Bei ihr ist auch, gleichfalls anders als bei der Buchhypothek, sofortige Übertragung des Rechtes auf den Erwerber gegen Zahlung der Valuta, also Leistung Zug um Zug möglich; bei der Buchhypothek hat regelmäßig der eine Teil vorzuleisten. Erteilt z. B. bei ihr der bisherige Gläubiger die Eintragungsbewilligung nur gegen Zahlung der Valuta, so läuft der Geldgeber bis zu dem Zeitpunkt, da er nach erfolgter Vorlegung der Eintragungsbewilligung bei dem Grundbuchamte den Antrag auf Umschreibung stellt, Gefahr, daß der Gläubiger noch anderweitig über die Hypothek verfügt. Zahlt dagegen der Geldgeber erst, wenn der Antrag auf Eintragung vom bisherigen Gläubiger nicht mehr einseitig widerrufen werden kann, oder zahlt er gar erst, wenn die Eintragung erfolgt ist, so ist bis zur Zahlung der bisherige Gläubiger der Gefährdete. Doch auch die Buchhypothek bietet gewisse Vorteile. Sie erspart dem Gläubiger die Aufbewahrung des Briefes und die mit dessen Verlust verbundenen Unzuträglichkeiten. Sie gewährleistet ihm in den Fällen des § 55 G.B.O., §§ 41, 105 in Verbindung mit § 9 Nr. 1 des Zwangsversteigerungsgesetzes die Benachrichtigung. Schließlich ermöglicht sie es dem Eigentümer, sich jederzeit durch Einsehen des Grundbuchs über die Person des Gläubigers zu unterrichten.

3. Abschnitt. Die Wirkung der Abtretung.

Infolge der Abtretung der Hypothekenforderung gehen, sobald alle Voraussetzungen ihres Überganges erfüllt sind, die Forderung und die Hypothek auf den neuen Gläubiger über, so daß dieser an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt (§§ 398, 1154, 1153). Abgesehen von diesem wesentlichsten, sie charakterisierenden Erfolge erzeugt die Abtretung auf das Rechtsverhältnis zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Erwerber der Hypothek nur Wirkungen nebensächlicher Art, welche bestimmt sind, die Stellung des neuen Gläubigers als solchen zu erleichtern und zu sichern. Auf Grund der Abtretung ist nämlich der bisherige Gläubiger verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung des Rechtes nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise des Rechtes dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern (§§ 402, 403). Ferner hat, wie schon früher erwähnt ist, bei der Briefhypothek der bisherige Gläubiger im Falle privatschriftlicher Abtretungserklärung auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf eigene Kosten (anders § 403!) öffentlich beglaubigen zu lassen (§ 1154 Abs. 1 Satz 2). Im übrigen bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger, insbesondere auch die Gewährleistungspflicht des bisherigen Gläubigers, ausschließlich nach dem der Abtretung zu Grunde liegenden Kaufalgeschäft.

Bezüglich der genannten, durch die §§ 402 (413) und 1154 Abs. 1 Satz 2 bestimmten Rechte des neuen Gläubigers ist zu erwähnen, daß sie — unmittelbar mit der Abtretung entstehend — im Falle weiterer Abtretung der Hypothekenforderung ohne weiteres auch auf den ferneren Erwerber der Hypothek übergehen, da dieser ja mit der Abtretung regelmäßig die Stellung seines Vormannes erhält (§ 398). Sie können also gegen einen Zedenten, gegen den sie einmal entstanden sind, von jedem späteren Zessionar geltend gemacht werden, ohne daß es einer besonderen Übertragung dieser

Rechte auf ihn bedürfte. Bezüglich der Verpflichtung zur Herausgabe der zum Beweise des Rechtes dienenden Urkunden insbesondere ist noch zu bemerken, daß unter diese Urkunden nicht nur die zum Beweise des Rechtes in seinem objektiven Bestande dienenden fallen, sondern auch diejenigen, welche zum Beweise des subjektiven Gläubigerrechtes des Erwerbers, d. h. zu seiner Legitimation erforderlich sind [1]).

Auch für das Rechtsverhältnis zwischen dem neuen Gläubiger einerseits und dem Eigentümer und dem persönlichen Schuldner andererseits gilt, daß der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt; auch ihnen gegenüber erwirbt er die Forderung und die Hypothek prinzipiell so, wie der bisherige Gläubiger sie besessen hat. Besonders soll die Stellung des Eigentümers und die des persönlichen Schuldners (die in der folgenden Darstellung, dem B.G.B. folgend, als verschiedene Personen gedacht sind) durch die Abtretung grundsätzlich nicht verschlechtert werden. Dieser Grundsatz, der in betreff des Anspruchs des neuen Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner streng durchgeführt ist, ist jedoch gegen den Eigentümer bezüglich des dinglichen Anspruchs im Interesse der Verkehrsfähigkeit der Hypothek erheblich beschränkt. Die den Schutz des Schuldners bezweckenden allgemeinen Vorschriften über die Abtretung der Forderung (§§ 404 ff.), welche für den Anspruch gegen den persönlichen Schuldner uneingeschränkt gelten, sind deshalb für den dinglichen Anspruch des neuen Gläubigers wesentlich modifiziert. Das Rechtsverhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem persönlichen Schuldner ist in folgendem nur insoweit zu berühren, als es für den hypothekarischen Anspruch, d. h. für das Rechtsverhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem Eigentümer von Bedeutung ist. Das letztere ist nun dahin geregelt, daß der Eigentümer dem neuen Gläubiger einmal grundsätzlich alle Einwendungen und Einreden entgegenstellen kann, welche ihm selbst in Ansehung der Hypothek dem jetzigen oder einem früheren Gläubiger gegenüber erwachsen sind. Zu diesen Einwendungen gehören, wie wir unten sehen werden, auch die Einwendungen des persönlichen Schuldners gegen die Hypothekenforderung. Zum andern kann der Eigentümer grundsätzlich auch die Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung und die dem Bürgen nach § 770 zustehenden Einreden geltend machen — übrigens ein weiterer Beweis für die

[1]) cf. Fischer, S. 268.

Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, da hieraus erhellt, daß der Inhalt der Hypothek sich wenigstens in gewisser Beziehung nach der Hypothekenforderung bemißt. Dies Einrederecht des Eigentümers ist jedoch in zweifacher Hinsicht beschränkt. Gewisse Einwendungen und Einreden sind ihm nämlich gänzlich entzogen; die übrigen kann er nur geltend machen, soweit im Einzelfall nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem entgegensteht. Im folgenden soll zunächst von den Einwendungen und sodann von den Einreden gesprochen werden, und zwar sowohl von den Einreden, die dem Eigentümer selbst in Ansehung der Hypothek erwachsen sind (Einreden des Eigentümers aus eigenem Recht; cf. unten), als auch von den übrigen Einreden (Einreden des Eigentümers aus fremdem Recht; cf. unten). Im Anschluß daran wird dann von den Beschränkungen des Einrederechtes gehandelt werden.

Um vorerst den Begriff der Einwendungen und Einreden festzustellen, sei bemerkt: Der Begriff der Einwendungen (im weiteren Sinn)[2] umfaßt einmal Einreden, d. h. Umstände, welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines an und für sich begründeten Anspruchs, sei es zur Zeit oder der Person nach, sei es für immer, verweigern zu dürfen[3], und dann Einwendungen im engeren Sinn, d. h. alle sonstigen Tatsachen, aus denen hervorgeht, daß dem Gläubiger das von ihm behauptete Recht nicht zusteht. Nur diese Einwendungen im engeren Sinn sind gemeint, wenn im nachfolgenden von Einwendungen gesprochen wird.

Das Gesetz erwähnt die Einwendungen des Eigentümers nicht, sondern nur gewisse Einreden (§§ 1137, 1157), ohne jedoch dem Eigentümer die Einwendungen und sonstigen Einreden, die ihm nach den allgemeinen Grundsätzen zustehen, absprechen zu wollen. Die Einwendungen, die dem Eigentümer gegen den Gläubiger zustehen, sind solche gegen die Entstehung oder den Fortbestand der Hypothek oder gegen die Sachlegitimation des Gläubigers[4].

Eine Einwendung gegen die Entstehung der Hypothek kann sich einmal darauf gründen, daß die Eintragung wirkungslos ist, z. B. weil sie den Vorschriften des § 1115 nicht entspricht. Eine derartige Einwendung kann ferner darauf beruhen, daß der ding-

---

[2]) cf. Motive, Bd. 3 S. 696 Anm. 3.

[3]) Motive, Bd. 1 S. 359.

[4]) Planck, Bd. 3 S. 499 f. Bem. 2 b, c u. d zu § 1137.

liche Vertrag nichtig[5]), angefochten[6]) oder z. B. wegen fehlender Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters oder wegen gefälschter Vollmacht des angeblich gewillkürten Vertreters wirkungslos ist (§§ 107 ff., 177), oder auch darauf, daß der dingliche Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen und diese Bedingung ausgefallen ist (§ 158). Bezüglich der Anfechtung ist zu bemerken, daß zwar die bereits erklärte Anfechtung von jedem Eigentümer geltend gemacht werden kann, daß aber die Anfechtung selbst regelmäßig nur dem Besteller der Hypothek zusteht[7]).

Einwendungen gegen den Fortbestand der Hypothek können, abgesehen von der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek, hergeleitet werden besonders aus dem Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158) oder eines Endtermins (§ 163) sowie aus dem Zuschlag bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks; aus dem Zuschlag kann dies aber nur geschehen, wenn die Hypothek bei der Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt ist, und wenn ihr Bestehenbleiben in den vereinbarten Versteigerungsbedingungen nicht bestimmt oder zwischen dem Ersteher des Grundstückes und dem Gläubiger nicht vereinbart ist (§§ 91 Abs. 1 und 2, 52, 59 Zw.G.).

Zu den Einwendungen, welche sich gegen die Sachlegitimation des formell richtig legitimierten Gläubigers richten, gehören vor allem die Einwendungen gegen den Bestand der Forderung[8]). Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, oder ist sie erloschen, so wird dadurch ja die Existenz der dinglichen Belastung nicht berührt; die Hypothek geht vielmehr kraft Gesetzes als Grundschuld auf den Eigentümer über (§ 1163 Abs. 1). In der Behauptung des Eigentümers, daß die Forderung nicht entstanden, oder daß sie erloschen sei, liegt deshalb die weitere Behauptung, daß er und nicht der angebliche Gläubiger der Berechtigte sei. Auch in allen übrigen Fällen, in denen kraft Gesetzes die Hypothek mit ihrer Forderung auf den Eigentümer oder auf einen Dritten oder als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen ist, kann ein Nichtberechtigter formell legitimiert und deshalb die Einrede der mangelnden Sachlegitimation gegeben sein (§§ 1143, 1150, 1164, 1168, 1173, 1174, 1182). Bei der Briefhypothek ist

[5]) §§ 104 f., 116—118, 125, 134 und 138.

[6]) §§ 119 ff., 123 f., 142 B.G.B. Aus der nach §§ 29—42 K.O. oder nach §§ 1 ff. Ges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens erfolgten Anfechtung kann jedoch nur der Konkursverwalter bezw. der anfechtende Gläubiger Einwendungen herleiten.

[7]) Motive, Bd. 3 S. 698.

[8]) Fuchs, S. 446 Bem. 2 bb zu § 1137.

dieser Einwand auch gegeben, wenn der Gläubiger z. B. den Brief nicht durch Übergabe oder eines der Übergabesurrogate erlangt hat und auch eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 nicht getroffen ist (§ 1163 Abs. 2 und § 1154). Der Mangel der Sachlegitimation des neuen Gläubigers kann auch darauf beruhen, daß die Abtretung infolge einer Verfügungsbeschränkung, welcher der bisherige Gläubiger in Ansehung der Hypothek unterlag, unwirksam ist, mag die Verfügungsbeschränkung im öffentlichen Interesse oder zu Gunsten bestimmter Personen bestehen (cf. unten). Ob der Mangel der Sachlegitimation bei dem letzten Gläubiger oder einem Vormanne entstanden ist, ist an sich gleichgültig; es ist aber von Bedeutung, sobald der öffentliche Glaube des Grundbuchs in Frage kommt.

Während alle diese Einwendungen sich aus dem Rechte des Eigentümers[9]) (= dem Nichtrechte des Gläubigers) ergeben, zerfallen die dem Eigentümer zustehenden Einreden, wie schon angedeutet ist, in solche, die er kraft eigenen Rechtes, oder solche, die er aus fremdem Recht geltend machen kann. Zu den Einreden des Eigentümers aus eigenem Recht gehören zunächst diejenigen, die sich gegen die Hypothek aus einem zwischen ihm und dem derzeitigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnis ergeben, und sodann diejenigen, die ihm auf Grund eines zwischen ihm und einem früheren Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek erwachsen sind. Die ersteren Einreden kann der Eigentümer nach allgemeinen Grundsätzen „ohne weiteres"[10]) geltend machen, die Geltendmachung der letzteren gegen den späteren Gläubiger wird ihm durch § 1157 Satz 1 ausdrücklich gestattet. Diese Einreden des Eigentümers aus eigenem Recht sind, außer den Einreden aus dem dinglichen Vertrag, vor allem solche aus einem obligatorischen, sich auf die Hypothek beziehenden Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem derzeitigen oder einem früheren Gläubiger, z. B. obligatorische Ansprüche auf Rückübertragung der Hypothek[11]), Ansprüche aus unerlaubten Handlungen, welche sich auf die Hypothek beziehen[12]), ebenso Ansprüche aus einem Vertrage, in dem sich der Gläubiger verpflichtet hat, die Hypothek überhaupt nicht, oder bis zu einem gewissen Zeitpunkt nicht, oder nur in beschränktem Umfang geltend zu machen usw. Sind diese Einreden einem früheren Eigentümer

[9]) cf. Fuchs, S. 448 Bem. 4.
[10]) Denkschrift, S. 150.
[11]) cf. Jur. W. Schr. 1901 S. 181.
[12]) Fuchs, S. 504 Bem. 2 zu § 1157.

aus einem obligatorischen Rechtsverhältnisse erwachsen, so kann sie der Sondernachfolger im Eigentum nur geltend machen, wenn sie ihm besonders abgetreten sind[13]). Einreden aus dem Inhalte des dinglichen Rechts stehen dem Sondernachfolger natürlich ohne weiteres zu[14]).

Die dem Eigentümer aus fremdem Recht zustehenden, ihm durch § 1137 gewährten Einreden gegen die Hypothek sind die Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung (Schuldeinreden) und die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden (Bürgschaftseinreden).

Zu den Schuldeinreden gehört besonders die Einrede, daß dem Schuldner die Forderung gestundet ist, sowie daß der Schuldner die Erfüllung der aus einem gegenseitigen Vertrage herstammenden Hypothekenforderung verweigern kann, weil der Gläubiger die Gegenleistung noch nicht bewirkt hat (§ 320). Der Eigenümer kann sich ferner darauf berufen, daß das Schuldanerkenntnis, auf dem die Hypothek beruht, vom Gläubiger ohne Rechtsgrund erlangt ist und deshalb kondiziert werden kann (§ 812). Auch die Einrede, daß der Gläubiger mit seiner Schuldklage rechtskräftig abgewiesen ist, kann der Eigentümer geltend machen. Durch das Vorschützen der Schuldeinreden kann der Eigentümer die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs in demselben Maße abwenden wie der persönliche Schuldner die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs. Der Eigentümer verliert diese Einreden nicht dadurch, daß der Schuldner auf sie verzichtet (§ 1137 Abs. 2).

Die Bürgschaftseinreden des § 770 gestatten dem Eigentümer, die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs solange zu hindern, als der Schuldner berechtigt ist, das der Forderung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis anzufechten, oder als der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Schuldners befriedigen kann. Dem Eigentümer sind hiermit lediglich aufschiebende Einreden gegeben und nicht etwa die Befugnis, an Stelle des persönlichen Schuldners die Anfechtung, oder an Stelle des Gläubigers die Aufrechnung zu erklären. Da das Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht keine Einreden im technischen Sinne sind, der § 1137 Abs. 2 aber nur einen Verzicht des Schuldners auf die Einreden gegenüber dem Eigentümer die Wirkung versagt, so fallen die Bürgschaftseinreden des § 770 nicht unter § 1137 Abs. 2. Für diese Auslegung des § 1137

[13]) Motive, Bd. 3 S. 700 Nr. II 2.
[14]) Fuchs a. a. O.

Abs. 2 spricht auch der Wortlaut des § 770 („solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht ... anzufechten", und „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann")[15]. Der Eigentümer verliert also die Bürgschaftseinreden des § 770, wenn der persönliche Schuldner auf die Anfechtung verzichtet oder dem Gläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung gegen die Hypothekenforderung durch Einziehung oder sonstige Verfügung über seine — des Schuldners — Gegenforderung nimmt[16][17].

Durch die uneingeschränkte Gewährung aller dieser Einreden und Einwendungen gegen den neuenGläubiger würde jedoch der Grundkredit und damit auch das Interesse der Grundeigentümer auf das schwerste gefährdet werden. Der Zessionar der Hypothek würde erst bei Geltendmachung der Hypothek mit Gewißheit erfahren können, ob er von seinem Vormanne ein noch wirksames Recht erhalten hat. Es müßte deshalb jeder Bedenken tragen, eine Hypothek aus zweiter Hand zu erwerben. Dadurch würde aber die Verwertung der Hypothek, die regelmäßig durch Veräußerung erfolgt, erheblich erschwert sein. Die Folge davon würde sein, daß das Kapital von einer Beleihung der Bodenwerte zurückgeschreckt werden würde. Deshalb ist im Interesse der Verkehrsfähigkeit der Hypothek und damit im Interesse des Grundkredits das Einrederecht des Eigentümers, wie schon zu Anfang dieses Abschnittes bemerkt ist, wesentlich beschränkt, und der Gläubiger dadurch in weitestem Maße sichergestellt und geschützt. Die einzelnen Fälle dieses Schutzes sind bereits im vorigen Abschnitt erwähnt, um im Anschluß daran auszuführen, daß aus ihnen trotz der durch sie bewirkten verschiedenen Behandlung des dinglichen und des persönlichen Anspruchs auf eine Selbständigkeit der Hypothek und damit auf Ausnahmen von den Regeln des § 1153 nicht geschlossen werden könne. Hier ist auf diese Fälle näher einzugehen.

---

[15]) auch Protokolle, Bd. 3 S. 582.

[16]) Hachenburg, Vorträge S. 550 f.; Boehm, Bem. IV B zu § 1137 S. 192; Planck, Bd. 3 S. 501 Bem. 5 zu § 1137; Fuchs, S. 447 Bem. 3 b zu § 1137; Oberneck, § 150 Z. 2 I S. 674; Biermann, S. 336 Bem. 3 zu § 1137; Turnau-Förster, S. 684 Bem. B 2 c zu § 1137; Lehmann, § 102 S. 298; Kober, S. 423 Bem. II A 3 zu § 1137. A. M. scheinbar Dernburg, § 237 Z. 1 b S. 697.

[17]) Über eine etwaige Ausgleichungspflicht des Eigentümers, der mit einer Einrede aus dem Rechte des Schuldners den dinglichen Anspruch zur Abweisung bringt, cf. Neumann, Bd. 1 S. 740 Bem. I 5 zu § 1137. Entscheidend ist das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner.

Dem Eigentümer sind gewisse Einwendungen und Einreden gegen den neuen Gläubiger gänzlich entzogen. Zunächst sind diejenigen Einwendungen und Einreden zu nennen, die dem Eigentümer durch § 1156 Satz 1 genommen sind. Der § 1156 Satz 1 schließt, wie bereits Seite 16 gesagt ist, in Ansehung der Hypothek die Anwendung der §§ 406—408 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger aus. Die §§ 406—408 gewähren, falls eine Forderung abgetreten ist, dem Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber gewisse Einwendungen gegen die Forderung, die nach der Abtretung dem bisherigen Gläubiger gegenüber erwachsen sind. Im einzelnen bestimmen die §§ 406 - 408 folgendes. Der Schuldner kann nach § 406 eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, selbst wenn die Voraussetzungen für die Befugnis des Schuldners, seine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung gegen die abgetretene Forderung aufzurechnen, erst nach der Abtretung entstanden sind. Ausgeschlossen ist die Aufrechnung nur, wenn der Schuldner beim Erwerb seiner Forderung die Abtretung kannte, oder wenn seine Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist (§ 406). Nach § 407 muß der neue Gläubiger eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherige Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, welches nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, und ebenso ein Urteil, das in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit über die Forderung ergeht, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder dem Eintritt der Rechtshängigkeit kannte. Unter denselben Voraussetzungen wie in § 407 muß der neue Gläubiger nach § 408 eine an einen Dritten bewirkte Leistung, ein mit einem Dritten vorgenommenes Rechtsgeschäft und ein gegen einen Dritten erwirktes Urteil gegen sich gelten lassen, wenn die bereits abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nachmals an den Dritten abgetreten oder durch gerichtlichen Beschluß dem Dritten überwiesen ist, oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkannt hat, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei. Aus diesen Bestimmungen, die nach § 413 ja auch für die Abtretung der Hypothek gelten würden, kann der Eigentümer nach § 1156 Satz 1 gegen den dinglichen Anspruch keine Einwendungen

herleiten, mag der persönliche Schuldner eine der Transaktionen der §§ 406—408 mit dem bisherigen Gläubiger oder dem Dritten vorgenommen, oder mag der Eigentümer selbst dies getan haben. Eine Ausnahme von der Bestimmung des § 1156 S. 1 findet sich in der Vorschrift des § 1156 Satz 2: Ein von dem Eigentümer dem bisherigen Gläubiger gegenüber vorgenommenes Rechtsgeschäft, die Kündigung, muß der neue Gläubiger gegen sich gelten lassen, auch wenn es erst nach der Abtretung vorgenommen ist, es sei denn, daß die Abtretung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist. Diese Bestimmung ist getroffen worden, weil ohne sie bei der Briefhypothek das Kündigungsrecht des Eigentümers leicht illusorisch werden würde, da der Gläubiger einer Briefhypothek dem Eigentümer häufig unbekannt sein wird.

In gewissem Umfang wird dem Eigentümer für die durch § 1156 entzogenen Einreden allerdings ein Ersatz geboten durch §§ 893, 1138. § 893 bestimmt, daß die (unten besprochenen) Vorschriften des § 892 entsprechende Anwendung finden, wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält. § 1138 bestimmt, daß § 893 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden gilt. Diese Vorschriften bedeuten in unserem Falle, daß, wenn an den als Hypothekengläubiger Eingetragenen auf Grund der Hypothek oder der Hypothekenforderung eine Leistung bewirkt oder zwischen ihm und einem anderen in Ansehung der Hypothek oder der Forderung eine Verfügung, welche keine Veräußerung enthält (z. B. ein Verzicht) getroffen wird, der als Gläubiger Eingetragene ohne Rücksicht auf sein wirkliches Gläubigerrecht zu Gunsten des anderen Teiles als wirklicher Gläubiger gilt, d. h. daß die Leistung, die Verfügung dieselbe Wirkung haben, wie wenn der als Gläubiger Eingetragene der wirkliche Gläubiger wäre, sofern nur die (unten erörterten) Voraussetzungen des § 892 gegeben sind (guter Glaube; Fehlen eines Widerspruchs im Grundbuch). Der Eigentümer kann, falls er der andere Teil ist — was bei der Leistung an den Gläubiger nicht notwendig (§§ 267, 268, 1150) — die aus der Leistung oder der Verfügung erwachsenen Einwendungen und Einreden dem wirklichen Gläubiger entgegenhalten, wie wenn die Leistung an ihn erfolgt, die Verfügung

zwischen ihnen getroffen wäre. Ist im Falle der Leistung an den Hypothekengläubiger der andere Teil ein Dritter, der nicht in Vertretung des Eigentümers, sondern kraft eignen Rechts gehandelt hat (§§ 267, 268, 1150), so gilt der eingetragene Gläubiger allerdings zunächst nur zu Gunsten des Dritten, in dessen Person die Voraussetzungen für den Schutz des § 893 gegeben sein müssen, als der wirkliche Gläubiger; die auf dieser Geltung beruhende Wirkung der Leistung, z. B. im Falle der Zahlung von Hypothekenzinsen das Erlöschen des Zinsanspruchs (§ 267) oder der Übergang der Zinsforderung auf den Dritten (§§ 268, 1150), hat dagegen absolute Kraft, so daß sich auf diese Wirkung der Leistung auch der Eigentümer berufen kann, ohne daß in seiner Person die Voraussetzungen für den Schutz des § 893 gegeben zu sein brauchen. Besonderes gilt für die Briefhypothek, da bei ihr Kapitalzahlungen durch §§ 893, 1138 nur geschützt werden, wenn der eingetragene Gläubiger zugleich durch den Besitz des Hypothekenbriefes legitimiert ist (cf. § 1150 in Verbindung mit §§ 1141, 1145; Protokolle, Bd. 3 S. 86; Biermann, S. 83 Bem. 6 zu §§ 892, 893), während umgekehrt der Schutz der §§ 893, 1138 bei der Briefhypothek auch dann Platz greift, wenn der angebliche Gläubiger nicht eingetragen ist, sofern er nur nach § 1155 legitimiert ist. Für die dem Eigentümer durch § 1156 entzogene Einrede des § 407 Abs. 2 gewährt § 893 keinen Ersatz.

Des weiteren gehört zu den dem Eigentümer entzogenen Einreden die dem Schuldner gegen die Forderung zustehende Einrede der Verjährung (§ 223 Abs. 1). Die Verjährung des persönlichen Anspruchs hindert den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Grundstück zu suchen. Dies muß auch gelten, wenn die Wirkung der Verjährung, nämlich die Berechtigung des Schuldners zur Verweigerung der Leistung, durch Abweisung der Schuldklage rechtskräftig ausgesprochen ist. Die Einrede der rechtskräftigen Abweisung der Forderung würde in diesem Falle nur eine verschleierte Einrede der Verjährung sein und deshalb nach § 223 Abs. 1 der Geltendmachung des dinglichen Anspruchs nicht entgegen stehen [18]).

Der Eigentümer kann schließlich auch diejenigen Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung nicht geltend machen, die sich auf die Unzulänglichkeit des Vermögens des persönlichen Schuldners gründen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß der Erbe des persönlichen Schuldners dem Gläubiger nur beschränkt

[18]) Scheinbar abweichend Oberneck, § 150 Z. 2 I A a γ S. 672.

hafte (§ 1137 Abs. 1 Satz 2), oder daß der persönliche Schuldner in Konkurs verfallen und einen Zwangsvergleich geschlossen habe. (§ 193 Satz 2. K.O.) Die Hypothek soll ja gerade dem Gläubiger eine vom Vermögensstande des persönlichen Schuldners unabhängige Sicherheit gewähren [19]).

Seine Ausgestaltung und sein eigentümliches Gepräge erhält der Schutz des neuen Gläubigers durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Vermöge des öffentlichen Glaubens, der dem Grundbuch beigelegt ist, gilt zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen, oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist (§ 892). Als Inhalt des Grundbuchs im Sinne dieser Vorschrift gelten jedoch nicht alle im Grundbuch enthaltenen, sondern nur bestimmte Angaben, nämlich Angaben des Grundbuchs über eintragungsfähige Rechte am Grundstück, Rechte an Grundstücksrechten und Verfügungsbeschränkungen zu Gunsten bestimmter Personen und gemäß §§ 1138 und 1157 Angaben über die Hypothekenforderung wie über Einreden des Eigentümers gegen die Hypothek [20]).

Der Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892, d. h. der Inhalt des Grundbuchs, soweit er dem öffentlichen Glauben untersteht, ist also eng begrenzt. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken. Eintragungsfähige Rechte sind nach Reichsrecht nur: Eigentum, Erbbaurecht, Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, dingliches Vorkaufsrecht, Reallasten, Hypothek, Grund- und Rentenschulden. Dazu kommen die von den Landesgesetzen innerhalb der ihnen gemachten Vorbehalte geregelten und von ihnen für eintragungsfähig erklärten Rechte sowie diejenigen Rechte, deren Regelung zwar grundsätzlich den Landesgesetzen überlassen ist, aber mit der Einschränkung, daß auf diese Rechte, falls eine landesgesetzliche Regelung stattgefunden hat, auch die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des B.G.B. Anwendung finden (Art. 63 und 68 E.G. z. B.G.B. in Verbindung mit § 1017). Als eintragungsfähige Rechte an Grundstücksrechten kommen nur Nießbrauch und Pfandrecht in Betracht. Die Angaben über diese Rechte können mannigfach sein, doch müssen sie eben stets das Recht betreffen, z. B. Angaben über die Existenz oder Nichtexistenz solcher Rechte, über den Inhalt derselben, das subjektive

[19]) Neumann, Bd. 1 S. 740 Bem. II 2b zu § 1137.
[20]) cf. Biermann, S. 78 Bem. 2 zu §§ 892, 893.

Gläubigerrecht usw. Angaben rein tatsächlicher Art sowie Angaben über persönliche Eigenschaften des Berechtigten (Geschäftsfähigkeit, Rechtsfähigkeit usw.) gehören, auch wenn sie Eingang in das Grundbuch gefunden haben, nicht zum Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892.

Verfügungsbeschränkungen zu Gunsten bestimmter Personen sind Beschränkungen der Befugnis des Berechtigten, über ein Recht zu verfügen, und zwar Beschränkungen, welche — zu Gunsten bestimmter Individuen bestehend — relative Unwirksamkeit von Zuwiderhandlungen des Berechtigten bewirken, d. h. Unwirksamkeit der der Verfügungsbeschränkung zuwider vorgenommenen Verfügung gegenüber denjenigen, zu deren Gunsten die Beschränkung besteht[21]). Eine derartige Verfügungsbeschränkung kann auf Gesetz, auf einem Veräußerungsverbot, welches von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen ist, und auf Rechtsgeschäft beruhen. Vertragsmäßigen Verfügungsbeschränkungen hat § 137 jedoch für das Gebiet des Reichsrechts die dingliche Wirksamkeit versagt; auch durch die Eintragung in das Grundbuch können sie daher keine unmittelbare Wirkung gegen Dritte erhalten. Sie sind deshalb nicht in das Grundbuch aufzunehmen; eine trotzdem erfolgte Eintragung ist wirkungslos und gehört nicht zum Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892. Vertragsmäßige Verfügungsbeschränkungen mit dinglicher Wirkung, also eintragungsfähige vertragliche Verfügungsbeschränkungen sind nur innerhalb des Bereichs der landesgesetzlichen Vorbehalte möglich. Eine Ausnahme wird auch durch § 399 nicht getroffen, da die Vereinbarung des § 399 keine Verfügungsbeschränkung des Berechtigten, sondern objektive Verkehrsunfähigkeit des betroffenen Rechtes begründet, also den Inhalt des Rechtes betrifft. Angaben über Verfügungsbeschränkungen, welche im öffentlichen Interesse bestehen, nehmen nicht an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil. Auch die Verfügungsbeschränkung der Ehefrau zu Gunsten des Ehemannes, an sich eine Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 892, untersteht nicht dem öffentlichen Glauben, weil sie nach § 1404 gegen jeden Dritten ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis wirkt[22]). Angaben über eine solche Verfügungsbeschränkung gehören also auch nicht zum Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892.

---

[21]) Über Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 892 cf. insbesondere Predari, S. 188 ff.

[22]) cf. Best, I S. 134.

Was die Angaben des Grundbuchs über die Hypothekenforderung betrifft, so gehören sie, obwohl im übrigen obligatorische Rechte dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht unterstehen, „für die Hypothek" in gleicher Weise und in gleichem Umfange zum Inhalte des Grundbuchs im Sinne des § 892 wie Angaben über die oben genannten dinglichen Rechte. Andernfalls würden ja auch die dem öffentlichen Glauben unterstellten Angaben des Grundbuchs über die Hypothek nur unvollständig sein, da der Charakter der dinglichen Belastung als Hypothek, der Inhalt der Hypothek und das subjektive Gläubigerrecht in Ansehung derselben ja gerade durch die Forderung bestimmt wird.

Inhalt im Sinne des § 892 ist ferner nur der echte Eintrag, gefälschte oder formell nichtige Einträge haben an dem öffentlichen Glauben keinen Teil[23]). Ist eine Eintragung formgerecht, so schadet es dagegen nicht, wenn sie in einer unrichtigen Abteilung gebucht ist[24]). Inhaltlich sich widersprechende Angaben desselben Grundbuchblattes oder, falls für dasselbe Grundstück irrtümlich mehrere Bücher geführt werden, sich widersprechende Angaben dieser Grundbücher entbehren des öffentlichen Glaubens, da sich infolge des Widerspruchs ein bestimmter Grundbuchinhalt ja nicht feststellen läßt[25]).

Als Grundbuchinhalt hat auch der Inhalt der zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, nicht aber der übrige Inhalt der Grundakten zu gelten (§§ 874, 877, 885 Abs. 2, 1115 B.G.B., § 50 G.B.O.).

Der Inhalt des Grundbuchs in dem bezeichneten Umfang gilt also, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, als richtig, d. h. als richtig und vollständig. Es gelten also einerseits die im Grundbuch enthaltenen Angaben als richtig, z. B. der im Grundbuch als Gläubiger einer Buchhypothek Eingetragene gilt zu Gunsten des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Hypothek als der wirklich Berechtigte, wenn auch die Hypothek bis dahin tatsächlich einem andern zustand; das Recht des anderen erlischt zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers endgültig. Andererseits gelten eintragungsfähige, aber nicht eingetragene Rechte, desgleichen nicht eingetragene Einreden gegen die Hypothek und nicht eingetragene Verfügungsbeschränkungen zu Gunsten

---

[23]) Fuchs, S. 159 Bem. 7 zu § 892; Predari, S. 176; Biermann, S. 79 Bem. 2 zu §§ 892, 893. Endemann, Bd. 2 S. 239 § 62 Anm. 1.

[24]) Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 31 S. 311.

[25]) Planck, Bd. 3 S. 109 Bem. I 4 zu § 892; Biermann, S. 79 f. Bem. 2 zu §§ 892, 893.

bestimmter Personen als nicht vorhanden[26]), mögen auch in Wirklichkeit solche Rechte, Einreden und Verfügungsbeschränkungen bis dahin bestanden haben. Vermöge des öffentlichen Glaubens überwindet die grundbuchmäßige Rechtslage die wirkliche Rechtslage. Der Erwerber erhält sein Recht nicht so, wie der Vormann es besessen, sondern so, wie das Grundbuch bezw. die unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens stehenden Angaben des Grundbuchs das Recht ausweist. In diesem Umfange erhält der Erwerber durch § 892 nicht nur eine Einrede gegen den bisherigen Berechtigten, sondern das Recht selbst; das Recht des bisherigen Berechtigten erlischt insoweit[27]).

Nach § 892 greift der öffentliche Glaube nur Platz, wenn ein rechtsgeschäftlicher Erwerb eines Rechtes am Grundstück oder an einem solchen Recht vorliegt. Dieser ist bei der Abtretung der Hypothek ja ohne weiteres gegeben. Einem rechtsgeschäftlchen Erwerb steht ein Erwerb gleich, der sich nach §§ 894, 897 Z.P.O. vollzieht (cf. § 898 Z.P.O.).

Sodann verlangt das Gesetz, daß der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gekannt habe. Und zwar ist der öffentliche Glaube nur ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit selbst kannte. Die Kenntnis von Tatsachen, aus denen die Unrichtigkeit des Grundbuchs folgt, schadet ihm nicht, wenn er infolge Rechtsirrtums aus diesen Tatsachen die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht entnommen hat. Deshalb schadet auch die Kenntnis der Anfechtbarkeit der Willenserklärungen, welche im Verein mit der Eintragung die Rechtsänderung bei dem Vormanne bewirkt haben, bei erfolgter Anfechtung dem Erwerber nicht, wenn er nur das Grundbuch aus irgend welchen Gründen auch für den Fall der Nichtigkeit dieser Willenserklärungen für richtig hält[28]).

---

[26]) Ob auch Rechte, die zwar eintragungsfähig, aber nicht eintragungsbedürftig sind, vermöge des öffentlichen Glaubens als nicht vorhanden gelten, solange sie nicht eingetragen sind, ist streitig. Man wird dies bejahen müssen. Planck, Bd. 3 S. 113 Bem. III 2 zu § 892; Strecker, S. 88; Biermann, S. 82 Bem. 4 zu §§ 892, 893; Predari, S. 172; Fuchs, S. 157 Bem. 6 a zu § 892; Turnau-Förster, S. 224 Bem. VIII zu § 892; Lehmann, § 34 S. 120; Kober, S. 98 Bem. IV 1 b zu § 892. A. M. Protokolle, Bd. 3 S. 77; Endemann, § 62 Anm. 15; Oberneck, § 44 Z. 10 S. 220.

[27]) Mugdan und Falkmann, Bd. 2 S. 266.

[28]) Fälschlich sagt Biermann, S. 85 Bem. 8 b Abs. 1 zu §§ 892, 893, daß die Kenntnis der Anfechtbarkeit eines Eintrages der Kenntnis seiner Nichtigkeit gleichsteht, falls die Anfechtung erfolgt. Die Eintragung selbst ist jedoch als Amtshandlung nicht anfechtbar. Anfechtbar sind nur die Privatwillenserklärungen, welche Voraussetzung der Eintragung

Umgekehrt schadet dem Erwerber aber die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs, wenn ihm auch die Tatsachen, auf denen die Unrichtigkeit beruht, unbekannt sind. Das Kennen steht dem Kennenmüssen nicht gleich; eine Pflicht, den Inhalt des Grundbuchs auf seine Richtigkeit zu prüfen, besteht also nicht. In einem Falle wird jedoch der Erwerber ohne Rücksicht auf seine wirkliche Kenntnis so behandelt, wie wenn er die Unrichtigkeit gekannt hätte. Soweit nämlich die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften des § 892 ausgeschlossen (§ 1140). Das Fehlen der Kenntnis von der Unrichtigkeit pflegt man als guten Glauben zu bezeichnen. Der für die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs maßgebende Zeitpunkt ist regelmäßig der Zeitpunkt des Erwerbes, d. h. also der Zeitpunkt, in welchem die letzte für den Erwerb erforderliche Voraussetzung eintritt. Ist jedoch zu dem Erwerb eines Rechtes — wie bei der Buchhypothek — die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrages auf Eintragung maßgebend, wenn diese der nach § 873 erforderlichen Einigung nachfolgt; anderenfalls ist der maßgebende Zeitpunkt die Zeit der Einigung (§ 892 Abs. 2). Als Zeit der Stellung des Antrages muß der Zeitpunkt des Einganges desselben beim Grundbuchamt gelten [29]). Ist streitig, ob der Erwerber in dem maßgebenden Zeitpunkte die Unrichtigkeit kannte oder nicht, so trifft die Beweislast nach der Fassung des § 892 („es sei denn, daß") nicht den Erwerber, sondern den Gegner.

Erfolgt der Erwerb durch einen Stellvertreter, so kommt es nach § 166 grundsätzlich auf die Kenntnis des Vertreters an. Hat jedoch im Falle einer Vollmacht der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, z. B. eine bestimmte Hypothek erworben, so kann sich der Vertretene nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen, wenn er selbst die Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte (§ 166 Abs. 1).

Der öffentliche Glaube ist nach § 892 auch ausgeschlossen, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist. Der Widerspruch bezweckt, denjenigen vorläufig, d. h. bis zur erfolgten Berichtigung des Grundbuchs, zu schützen, der Gefahr läuft, infolge Unrichtigkeit des Grundbuchs durch den öffentlichen Glauben

---

sind oder in Verbindung mit letzterer die Rechtsänderung hervorbringen. Daß die Kenntnis der Anfechtbarkeit dieser Willenserklärungen auch im Falle erfolgter Anfechtung nicht unbedingt schadet, ergibt sich aus dem im Text gesagten.

[29]) Predari, S. 175; Hachenburg, Vorträge S. 163.

ein Recht zu verlieren. Soweit der Widerspruch reicht, hebt er den öffentlichen Glauben auf. Hat also der Eigentümer wegen ihm nach §§ 1137, 1157 gegen den Hypothekengläubiger zustehender, aber aus dem Grundbuch nicht ersichtlicher Einreden die Eintragung eines Widerspruchs erwirkt, so muß derjenige, der die Hypothek nach der Eintragung des Widerspruchs, aber in Unkenntnis dieser Einreden erwirbt, trotz dieser Unkenntnis die Einreden gegen sich gelten lassen, da er sich infolge des Widerspruchs nicht auf den öffentlichen Glauben berufen kann. Der Widerspruch wirkt gegen den Erwerber, auch wenn dieser wegen unterlassener Einsicht des Grundbuchs den Widerspruch nicht gekannt hat. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk aus dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich. Eine Besonderheit gilt für die Buchhypothek, welche für ein Darlehn bestellt ist. Wird innerhalb eines Monats nach der Eintragung der Hypothek ein Widerspruch eingetragen, der sich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehns unterblieben sei, so hat die Eintragung des Widerspruchs die gleiche Wirkung, als wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre (§ 1139). Der Widerspruch hat in diesem Falle also rückwirkende Kraft. Er wirkt deshalb auch gegen einen dritten Erwerber, der die Hypothek vor der Eintragung des Widerspruchs in Unkenntnis der unterbliebenen Hingabe des Darlehns erwarb.

Zu erwähnen ist hier auch die Vormerkung. Während der Widerspruch des § 899 bestehende dingliche Rechte schützt, bezweckt die Vormerkung den Schutz von obligatorischen Ansprüchen auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes. Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883). Insoweit ist deshalb auch ein Erwerb unwirksam, der sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs stützt.

Für die Briefhypothek findet eine Ausdehnung des öffentlichen Glaubens statt. Der Erwerb der Briefhypothek vollzieht sich in der Mehrzahl der Fälle außerhalb des Grundbuchs. Auch die nachträgliche Eintragung des Gläubigers wird häufig unterbleiben. In solchem Falle enthält also das Grundbuch keine Angaben über das subjektive Gläubigerrecht des Berechtigten. Infolgedessen kann das Grundbuch demjenigen, der die Hypthek von solchem nicht

eingetragenen Gläubiger erwirbt, das subjektive Gläubigerrecht seines Vormannes auch nicht gewährleisten. Falls nicht besondere Vorschriften getroffen wären, würde in solchem Falle die Folge sein, daß das Grundbuch den neuen Gläubiger nur gegen Einwendungen und Einreden gegen den objektiven Bestand der Hypothek und der Forderung Schutz gewähren würde; gegen Einwendungen, die sich gegen das subjektive Gläubigerrecht seiner Vormänner richten, würde der Erwerber dagegen schutzlos sein. Damit wäre aber die Bedeutung der Briefhypothek für den Verkehr in Frage gestellt. Deshalb bestimmt § 1155: „Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung."

Nach § 1155 in Beihalt des § 892 gilt der Inhalt der im § 1155 genannten Übertragungsurkunden zu Gunsten des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Hypothek in gleicher Weise als richtig wie der Inhalt des Grundbuchs. Ergibt sich das Gläubigerrecht des bisherigen Gläubigers aus den im § 1155 genannten Urkunden, so gilt er deshalb, falls nur die übrigen Voraussetzungen des öffentlichen Glaubens gegeben sind, zu Gunsten des neuen Gläubigers als der Berechtigte, wie wenn er im Grundbuch als solcher eingetragen wäre.

§ 1155 bedeutet lediglich eine Erstreckung des Öffentlichkeitsprinzips auf die nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Übertragung, sofern diese durch eintragungsfähige Urkunden nachgewiesen wird; er bedeutet nicht etwa eine Beschränkung des öffentlichen Glaubens dahin, daß bei der Briefhypothek die Berufung auf den öffentlichen Glauben nur zulässig ist, wenn die Übertragungsurkunden öffentlich beglaubigt sind. Auch dem nicht nach § 1155 legitimierten Hypothekengläubiger steht der öffentliche Glaube zur Seite, soweit es sich um den objektiven Bestand der Hypothek und der Forderung handelt[30]).

[30]) Fuchs, S. 494 Bem. 1b zu § 1155; Planck, Bd. 3 S. 534 f. Bem. 1 zu § 1155; Biermann, S. 360 Bem. 2 zu § 1155 u. a. Abweichend Strecker, S. 93; Boehm, S. 222 Bem. II B zu § 1155; Hachenburg, Beiträge S. 107 f.; derselbe, Vorträge S. 589 ff.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1155 ist zunächst Briefbesitz des Hypothekengläubigers; mittelbarer Besitz genügt. Sodann muß der Gläubiger legitimiert sein durch eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückzuführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder öffentlich beglaubigten Anerkenntnissen einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung. Hat der letzte Erwerber nur durch privatschriftliche Abtretungserklärung erworben, während sein Vormann durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen legitimiert ist, so steht der letzte Erwerber einem eingetragenen Gläubiger zwar nicht gleich, ist aber zu behandeln, als wenn er von einem eingetragenen Gläubiger erworben hätte; er genießt also den Schutz des öffentlichen Glaubens in vollem Umfange, wenn er nur zur Zeit des Erwerbes in gutem Glauben war. Für seine eigene Rechtsstellung ist es deshalb ohne Bedeutung, ob die Beglaubigung nachgeholt wird, und ebenso, ob er zur Zeit der Nachholung der Beglaubigung die Unrichtigkeit des Grundbuchs oder der Übertragungsurkunden kannte[31]). Ist die Reihe der im § 1155 genannten Urkunden durchbrochen, ist z. B. eine Zwischenabtretung durch privatrechtliche Abtretung erfolgt, so greift § 1155 nicht Platz. Der Mangel kann jedoch durch Nachholung der Beglaubigung geheilt werden. In diesem Falle, also bei Nachholung der Beglaubigung einer früheren Abtretungserklärung, muß der Erwerber freilich zur Zeit der Beglaubigung gutgläubig sein[32]).

Auch § 1155 gilt nur bei rechtsgeschäftlichem Erwerb; er will den gesetzlichen Übergang oder den Übergang auf Grund eines gerichtlichen Überweisungsbeschlusses nicht etwa dem rechtsgeschäftlichen Erwerb gleichstellen. Die Gleichstellung der in § 1155 Satz 2 genannten Urkunden mit den öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen bedeutet nur, daß die Reihe der beglaubigten Abtretungserklärungen nicht als durchbrochen gelten soll, wenn eine Zwischenabtretung lediglich durch die im Abs. 2 des § 1155 genannten Urkunden nachgewiesen werden kann.

---

[31]) Planck, Bd. 3 S. 539 Bem. 3b zu § 1155; Schweitzer, S. 574. Abweichend Hachenburg, Vorträge S. 591; Fuchs, S. 497 f. Bem. 6 zu § 1155; Predari, S. 240 Z. 6 Abs. 1 u. a.

[32]) Planck, Bd. 3 S. 536 Bem. 2b α zu § 1155; Hachenburg, Vorträge S. 591; Boehm, S. 224 Bem. III zu § 1155; Hachenburg, Beiträge S. 107, hält die Heilung des Mangels durch nachträgliche Beglaubigung für ausgeschlossen.

Einem rechtsgeschäftlichen Erwerb steht auch für die Anwendbarkeit des § 1155 ein Erwerb gleich, der auf Grund des § 894 Z.P.O. stattfindet.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs greift also bei der Abtretung der Hypothek Platz, mag die Abtretung sich durch Eintrag in das Grundbuch oder außerhalb des Grundbuchs vollziehen, sofern sie nur durch eintragungsfähige Urkunden nachgewiesen werden kann. Die Bedeutung des öffentlichen Glaubens für die Abtretung der Hypothek dürfte sich aus dem, was oben über die Wirkung desselben im allgemeinen gesagt ist, ohne weiteres ergeben: der Erwerber braucht sich Einwendungen und Einreden gegen den dinglichen Anspruch, die zur Zeit des Erwerbes ihm unbekannt oder aus dem Grundbuch, dem Hypothekenbrief oder aus den Übertragungsurkunden des § 1155 nicht ersichtlich waren, nicht entgegenhalten zu lassen.

Der Rechtsvermutung des § 891 ist bereits im vorigen Abschnitt gedacht.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs sowie die oben besprochenen §§ 1156, 223 Abs. 1, 1137 Abs. 1 Satz 2 B.G.B., § 193 Satz 2 K.O. tragen dem Bedürfnis des Gläubigers nach Sicherheit und Schutz im weitesten Maße Rechnung. Der Grundsatz, daß die Stellung des Eigentümers durch die Abtretung nicht verschlechtert werden soll, tritt infolge dieses dem Gläubiger gewährten Schutzes fast ganz zurück. Besonders kann der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei Unrichtigkeit des letzteren dem Eigentümer gefährlich werden. Der Eigentümer wird darum durch rechtzeitige Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894 ff.) für ein Übereinstimmen des Grundbuchinhalts mit der wirklichen Sachlage sorgen, eventuell aber durch Eintragung eines Widerspruchs seine Einwendungen und Einreden sichern müssen.

4. Abschnitt. Die Teilabtretung; die Abtretung von Zinsen, Nebenleistungen und Kosten.

Für die Teilabtretung gelten im allgemeinen keine besonderen Vorschriften. Auch die Teilhypothek kann nur mit einem entsprechenden Teil der Hypothekenforderung und nur durch Abtretung dieser letzteren abgetreten werden. Ebenso sind die Formen des Übertragungsaktes bei der Teilhypothek dieselben wie die oben im 2. Abschnitt behandelten. Die für die Abtretung der Briefhypothek erforderliche Briefübergabe erfolgt bei der Teilabtretung durch Einräumung des Mitbesitzes an dem über die ganze Hypothek gebildeten Brief. Ist jedoch ein Teilhypothekenbrief erteilt, so muß dieser übergeben werden; notwendige Voraussetzung für die Teilabtretung ist aber das Vorhandensein eines Teilhypothekenbriefes nicht[1]). Auch die oben im 3. Abschnitt behandelten Wirkungen der Abtretung gelten für die Teilabtretung.

Besonderheiten gelten nach §§ 1158, 1159 jedoch für die Abtretung von Zinsen und von anderen Nebenleistungen und von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet. Unter Zinsen sind hier auch Verzugszinsen[2]) zu verstehen. Nebenleistungen sind Leistungen, die neben dem Kapital zu entrichten sind, so daß durch sie die Forderung des Gläubigers und die Belastung des Grundstücks erweitert wird. Dazu gehören z. B. Strafzinsen für verspätete Zinszahlung, nicht aber Amortisationsbeiträge[3]). Die Bestimmungen der §§ 1158, 1159 finden sowohl dann Anwendung, wenn die Zinsen, Nebenleistungen und Kosten

---

[1]) cf. Mugdan und Falkmann, Bd. 2 S. 273.

[2]) Fuchs, S. 507 Bem. 4 zu §§ 1158, 1159. Abweichend Boehm, S. 230 Bem. 2.

[3]) Mugdan und Falkmann, Bd. 5 S. 256; Planck, Bd. 3 S. 459 Bem. 4a Abs. 3 zu § 1115. Abweichend Mugdan und Falkmann, Bd. 4 S. 70 ff.; Turnau-Förster, S. 603 Bem. 1c zu § 1115; Neumann, Bd. 1 S. 715 Bem. I 5 zu § 1115; Oberneck, S. 521 Z. 2 u. a.

allein, wie auch, wenn sie neben dem Kapitalsanspruch abgetreten werden[4]). Die für die Zinsen geltenden Vorschriften gelten in jeder Beziehung auch für die anderen Nebenleistungen (§§ 1158, 1159). Die für die Zinsrückstände geltenden Bestimmungen gelten auch für die Kosten (§ 1159); die anderen Nebenleistungen und Kosten werden deshalb im folgenden nicht besonders erwähnt werden.

Die Abtretung der Zinsen wird vom Gesetz verschieden behandelt, je nachdem es sich um künftige oder nm rückständige Zinsen handelt. Bei den künftigen Zinsen ist wiederum zu scheiden zwischen solchen, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Abtretung Kenntnis erlangt, oder in dem folgenden Vierteljahre fällig werden — im folgenden als laufende Zinsen bezeichnet — und zwischen Zinsen für spätere Zeit — im folgenden schlechthin als künftige Zinsen bezeichnet. Maßgebend ist also einerseits der Zeitpunkt, in welchem der Eigentümer von der Abtretung Kenntnis erhält, nicht die Zeit der Abtretung, anderseits der Zeitpunkt, in dem die Zinsen fällig werden, nicht der Zeitpunkt, für welchen sie bestimmt sind; ob sie prä- oder postnumerando zu bezahlen sind, kommt also nicht in Betracht[5]). Was die für die Unterscheidung maßgebende Kenntnis der Abtretung anbetrifft, so ist es gleichgültig, wie der Eigentümer diese erlangt hat; auch steht das Kennenmüssen dem Kennen nicht gleich.

Für die künftigen Zinsen (in dem bezeichneten engeren Sinn) gelten keine Besonderheiten; sie unterstehen in vollem Umfange den für die Abtretung des Hypothekenkapitals geltenden Vorschriften.

Für die laufenden Zinsen gelten Besonderheiten hinsichtlich der Wirkung ihrer Abtretung; für den Übertragungsakt sind auch hier die oben im 2. Abschnitt entwickelten Bestimmungen maßgebend. Soweit es sich um diese Zinsansprüche handelt, finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406—408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen und Einreden, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406—408,

---

[4]) Fuchs, S. 506 oben.

[5]) Neumann, Bd. 1 S. 758 Bem. I zu § 1158; Planck, Bd. 3 S. 545 Bem. 3c zu § 1158; Fuchs, S. 507 Bem. 5 zu §§ 1158, 1159. Abweichend Mugdan und Falkmann, Bd. 4 S. 73; Biermann, S. 365 Bem. zu § 1158.

1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen (§ 1158)[6]. Welcher Art die Einwendungen der §§ 406—408 sind, ist bereits ausgeführt. Sie ermöglichen es nach § 1158 dem Eigentümer, die gerade laufenden Zinsen auch nach der Abtretung so lange an den bisherigen Gläubiger fortzuzahlen, ohne die Fortdauer der Legitimation desselben prüfen zu müssen, bis die Abtretung ihm, dem Eigentümer, mitgeteilt ist, oder er in anderer Weise von derselben Kenntnis erlangt hat (cf. auch § 409). Der neue Gläubiger würde eventuell zu beweisen haben, daß und wann der Eigentümer diese Kenntnis erlangt hat[7]. Die Bestimmung, daß der neue Gläubiger gegenüber den Einwendungen und Einreden, die dem Schuldner nach den §§ 404, 406—408, 1157 gegenüber den bezeichneten Zinsansprüchen zustehen, sich nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen darf, bedeutet, daß dem neuen Gläubiger in Ansehung dieser Zinsansprüche überhaupt der Schutz des öffentlichen Glaubens entzogen ist[8]. Der Eigentümer kann hiernach die innerhalb eines halben Jahres fällig werdenden Zinsen im voraus an den Gläubiger bezahlen, ohne befürchten zu müssen, daß ihm die Einrede der Zahlung durch einen nach der Zahlung, aber vor dem Fälligwerden der Zinsen eintretenden Gläubigerwechsel gemäß § 892 genommen werden könnte. Weitere Ausnahmebestimmungen gelten für die Abtretung dieser Zinsen nicht[9].

Für die Abtretung rückständiger, d. h. zur Zeit der Abtretung rückständiger Zinsen[10] sind die die Abtretung von Hypotheken regelnden Vorschriften des Sachenrechts schlechthin ausgeschlossen. Der Übertragungsakt wie die Wirkung der Übertragung richtet sich ausschließlich nach § 398 ff. (§ 1159). Die rückständigen Zinsen stehen in dieser Hinsicht den dinglich nicht gesicherten Forderungen gleich, obwohl das Grundstück auch für sie forthaftet. Diese Behandlung der rückständigen Zinsen recht-

---

[6]) Das Gesetz spricht in § 1158 wie in § 404 nur von Einwendungen; gemeint sind in beiden Fällen jedoch Einwendungen im weiteren Sinne.

[7]) Fuchs, S. 507 f. Bem. 6 zu §§ 1158, 1159; Planck, Bd. 3 S. 545 Bem. 3c zu § 1158; Turnau-Förster, S. 736 Bem. 2 zu § 1158. A. M. Neumann, Bd. 1 S. 759 Bem. III zu § 1158.

[8]) cf. Planck, Bd. 3 S. 544 Nr. 3b.

[9]) Wegen Anführung des § 404 im § 1158 cf. Fuchs, S. 507 Bem. 6c zu §§ 1158, 1159.

[10]) Die mangelnde Form der Abtretung wird nicht etwa dadurch geheilt, daß die Fälligkeit der Zinsen nachträglich eintritt. Biermann, S. 366 Bem. zu § 1159.

fertigt sich dadurch, daß das Grundbuch nur über das Zinsrecht, nicht über die einzelne Zinsrate Auskunft gibt; ob eine fällig gewordene Zinsrate bezahlt oder rückständig ist, das ist aus dem Grundbuch nicht zu ersehen. Hervorzuheben ist im einzelnen, daß für Zinsrückstände die Untrennbarkeit von Hypothek und Forderung nicht gilt, da § 401 Abs. 1 nur eine dispositive Vorschrift gibt. Die Abtretung der Zinsrückstände erfolgt nach § 398 formlos; sie ist deshalb auch nicht eintragungsfähig [11]). Über die Legitimation des neuen Gläubigers zur Geltendmachung der Zinsansprüche bestimmt § 410. Das Einrederecht des Schuldners regelt sich nach §§ 404—409; auch die Einrede der Verjährung ist dem Eigentümer hier gegeben (§§ 902 Abs. 1 Satz 2, 223 Abs. 3).

[11]) cf. die bei Scherer, 3. Jahr S. 333 Nr. 471 IV zitierte Entscheidung.

Zweiter Teil.

Die Abtretung von Sicherungshypotheken.

Nach § 1184 ist die Sicherungshypothek eine Hypothek, bei welcher das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt, und bei welcher sich der Gläubiger zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann. Die Sicherungshypothek ist eine Unterart der Hypothek. Auf sie finden deshalb die für die Abtretung von Hypotheken geltenden Vorschriften insoweit Anwendung, als nicht ausdrücklich ein anderes vorgeschrieben ist. Dies ist geschehen in den §§ 1184 ff. Aus diesen ergibt sich, daß die Sicherungshypothek nicht für den Verkehr bestimmt ist. Eine Sondervorschrift von geringerer Bedeutung enthält § 1185 Abs. 1. Bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen. Sie ist also stets Buchhypothek; die Abtretung der Sicherungshypothek hat deshalb in den Formen zu erfolgen, welche für die Abtretung der Buchhypothek vorgeschrieben sind. Eine Vorschrift von einschneidender Art gibt § 1185 Abs. 2. Danach sind die Vorschriften der §§ 1138, 1139, 1156 von der Anwendung auf die Sicherungshypothek ausgeschlossen. Die Ausschließung des § 1138 bedeutet, daß die Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf die Forderung und die dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden bei der Sicherungshypothek nicht stattfindet. Die Einreden und die Einwendungen, die dem Eigentümer aus der Forderung gegen den dinglichen Anspruch zustehen, werden ihm also durch den Erwerb der Hypothek seitens eines gutgläubigen Dritten nicht entzogen. Der Erwerber einer Sicherungshypothek ist allen Einreden und Einwendungen aus der Forderung ausgesetzt, auch wenn diese Einreden und Einwendungen weder aus dem Grundbuch ersichtlich noch ihm sonst bekannt waren. Da zu den Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnis, mithin zu den Einwendungen, welche bei der Sicherungshypothek dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht unterstehen, auch der Einwand gehört, daß die Hypothekenforderung nicht dem eingetragenen Gläubiger zustehe, dieser

also auch nicht Hypothekengläubiger sei, so ist § 893 auf die Sicherungshypothek nicht anwendbar [1]). Die Ausschließung des § 1138 macht den § 1139 überflüssig. Durch die Ausschließung des § 1156 wird endlich dem neuen Gläubiger der Schutz gegen die Einwendungen der §§ 406—408 entzogen. Bei der Sicherungshypothek gelten die §§ 406—408 in vollem Umfange nicht nur für das Verhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Gläubiger, sondern nach § 413 auch für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger. Der neue Gläubiger muß also eine Leistung gegen sich gelten lassen, die der Eigentümer nach der Abtretung, aber in Unkenntnis derselben, an den bisherigen Gläubiger bewirkt, obwohl die Abtretung aus dem Grundbuch ersichtlich war [2]). Aus der Vorschrift, daß der Eigentümer sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, folgt die Unanwendbarkeit des § 891 auf die Forderung. Durch diese letztere Bestimmung und durch den Ausschluß der §§ 1138, 1156 wird der Satz verwirklicht, daß das Recht des Gläubigers aus der Sicherungshypothek sich nur nach der Forderung richtet.

Die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist dem neuen Gläubiger der Sicherungshypothek nicht schlechthin genommen. Die Richtigkeit des Grundbuchinhalts wird ihm insoweit gewährleistet, als es sich nicht um den von der Forderung abhängigen Bestand der Hypothek handelt. So stehen, da § 1157 Satz 2 für die Sicherungshypothek nicht ausgeschlossen ist (§ 1185 Abs. 2), die Einreden des Eigentümers aus eignem Recht unter dem öffentlichen Glauben; dies gilt auch von den Einwendungen gegen den Bestand der dinglichen Belastung. Der gutgläubige Erwerber der Hypothek braucht sich also nicht entgegenhalten zu lassen, daß in Ansehung der Hypothek ein Stundungsvertrag geschlossen sei, wohl aber muß er eine Stundung der Forderung gegen sich gelten lassen.

Unterarten der Sicherungshypothek sind die sogenannten notwendigen Sicherungshypotheken der §§ 1187 und 1190. Für ihre Abtretung gelten weitere Besonderheiten. Der § 1187 schließt die Anwendung des § 1154 Abs. 3 und damit die Anwendung der §§ 873, 878 für diejenigen Sicherungshypotheken aus, welche bestellt sind für eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf

[1]) Biermann, S. 406 Bem. 2a zu § 1185. A. M. Planck, Bd. 3 S. 607 Bem. 1b zu § 1185; Fuchs, S. 595 Bem. 4 zu § 1185.

[2]) Fuchs, S. 597 Bem. 5 zu §§ 1184, 1185.

den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem andern Papier, welches durch Indossament übertragen werden kann. Die Abtretung dieser Hypotheken erfolgt deshalb nicht durch Einigung und Eintragung, sondern zufolge §§ 1184, 1153 Abs. 1 nach den Grundsätzen, welche für die Übertragung der Inhaber- und Orderpapiere gelten, also durch Übergabe der Inhaberpapiere und Indossierung der Orderpapiere [3]).

Nach §§ 796 B.G.B., 364 des Handelsgesetzbuchs kann der Schuldner (Aussteller) dem Besitzer des Inhaberpapiers bezw. dem Indossatar nur entgegenstellen Einwendungen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, Einwendungen und Einreden, die sich aus der Urkunde ergeben, und Einreden und Einwendungen, die dem Schuldner unmittelbar gegen den Inhaber bezw. den Indossatar zustehen. Nach § 82 W.O. kann der Wechselschuldner nur solche Einwendungen und Einreden geltend machen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, oder welche er unmittelbar gegen den derzeitigen Gläubiger hat, Nach diesen Vorschriften bemessen sich natürlich auch die Einwendungen und Einreden, die dem Eigentümer aus der Forderung zustehen. Für die Einwendungen und Einreden des Eigentümers aus eignem Recht gilt nichts besonderes [4]).

Für die Höchsthypothek, d. h. für eine Hypothek, welche in der Weise bestellt ist, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten ist (§ 1190 Abs. 1), gestattet § 1190 Abs. 4 die Übertragung der Forderung nach den für die Übertragung geltenden allgemeinen Vorschriften, ohne damit eine Abtretung nach § 1154 Abs. 3 auszuschließen [5]). Wird die Forderung nach den allgemeinen Vorschriften übertragen, so ist der Übergang der Hypothek nach § 1190 Abs. 4 ausgeschlossen; die Hypothek bleibt in diesem Falle, wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem alten Gläubiger und dem Eigentümer, aus dem die abgetretene Forderung entstanden ist, noch fortdauert, so daß daraus für den Gläubiger neue Forderungen entstehen können, bei dem Gläubiger, sonst wird sie Eigentümerhypothek. Nach letzterer Vorschrift kann bei der Höchsthypothek Hypothek und Forderung durch die Abtretung getrennt werden. Diese singuläre Bestimmung ist getroffen, um die Abtretung einer einzelnen Forderung aus dem durch eine Höchsthypothek gesicherten Verhältnis während der Dauer desselben zu

[3]) cf. Fuchs, S. 607 Bem. 7 zu §§ 1187—1189.
[4]) cf. Fuchs, S. 610 Bem. 16 zu §§ 1187—1189.
[5]) Mugdan und Falkmann, Bd. 4 S. 321.

ermöglichen, ohne daß durch den Mitübergang eines entsprechenden Teiles der Hypothek die Sicherheit für das Schlußguthaben aus dem gesicherten Verhältnis gemindert wird [6]). Die Trennung von Höchsthypothek und Forderung findet bei formloser Abtretung der letzteren in zwingender Weise statt; nur bei Abtretung der Forderung nach Maßgabe der §§ 1154 Abs. 3, 873 folgt die Höchsthypothek der Forderung. Wird die Forderung formlos abgetreten, so kommt für sie das Hypothekenrecht nicht mehr in Betracht. Wird eine durch Höchsthypothek gesicherte Forderung mit der Hypothek — aber ohne weitere Regelung über eine etwaige Umwandelung der Hypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek — abgetreten, so geht in diesem Falle die Hypothek als Höchsthypothek, nicht als gewöhnliche Sicherungshypothek, auf den Erwerber über, da eine Forderung, deren Feststellung vorbehalten ist, nicht ohne Zuziehung des Schuldners als eine bestimmte Forderung abgetreten werden kann [7]).

---

[6]) Motive, S. 768.

[7]) Biermann, S. 418 Bem. 4 zu § 1190; Fuchs, S. 624 f. Bem. 20 zu § 1190; Mugdan und Falkmann, Bd. 4 S. 320. A. M. Planck, Bd. 3 S. 624 Bem. 3 zu § 1190.

C. Die Abtretung von Grundschulden.

Grundschulden sind nach § 1191 Grundstücksbelastungen, vermöge deren an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist. Auch die Grundschulden zerfallen in Brief- und Buchgrundschulden (§§ 1192, 1116). Es ist bereits in der Einleitung bemerkt worden, daß auf die Abtretung von Grundschulden die für die Abtretung von Hypotheken geltenden Bestimmungen Anwendung finden, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt (§ 1192). Letztere Einschränkung ergibt sich aus dem Wesen der Grundschuld als einer selbständigen Grundstücksbelastung; die Grundschuld ist nicht von einer Forderung abhängig, selbst dann nicht, wenn sie zur Sicherung für eine Forderung bestellt wird; die Forderung bildet in letzterem Falle nur den rechtlichen Grund für die Bestellung[1]).

Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres die Unanwendbarkeit des § 1153 für die Grundschuld.

Die Form für die Abtretung der Grundschuld richtet sich nach § 1154. Der § 1154 spricht freilich nur von der Abtretung der Hypothekenforderung; die Formvorschriften, die er gibt, sind jedoch sachenrechtlicher Art und deshalb für die Grundschuld anwendbar. Es kann darum auf das verwiesen werden, was über die Form der Abtretung von Hypotheken gesagt ist. Die Inhabergrundschuld, d. h. eine Briefgrundschuld, bei welcher der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt ist, wird wie die Sicherungshypothek für eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber durch Übergabe des Inhaberpapiers abgetreten (§ 1195).

---

[1]) cf. Planck, Bd. 3 S. 637 Bem. 5 zu § 1192.

Was die Wirkung der Abtretung der Grundschuld betrifft, so scheiden von den Einwendungen und Einreden, die dem Eigentümer gegen die Hypothek zustehen, für die Grundschuld gemäß § 1192 diejenigen Einwendungen und Einreden aus, die sich gegen die Hypothekenforderung richten; die übrigen Einwendungen und Einreden — also die Einwendungen gegen die Entstehung und den Fortbestand der dinglichen Belastung, die Einwendung mangelnder Sachlegitimation, soweit letztere sich nicht auf den Nichtbestand der Forderung gründen, und die Einreden des Eigentümers gegen die Hypothek aus eignem Recht — sind auch hier gegeben. Das Nichtentstehen oder das Erlöschen einer Forderung, zu deren Sicherung eine Grundschuld bestellt ist, ist freilich auch für die Grundschuld nicht ohne Bedeutung. Da die Forderung in diesem Falle, wie schon gesagt ist, den rechtlichen Grund für die Bestellung der Grundschuld bildet, so hat derjenige, dem die Grundschuld bestellt ist, diese ohne rechtlichen Grund, falls die zu sichernde Forderung nicht zur Entstehung gelangt, oder falls die gesicherte Forderung erlischt. Der Eigentümer hat dann nach §§ 812 ff. einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld oder auf Erteilung einer Löschungsbewilligung. Aus diesem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden außerkontraktlichen Rechtsverhältnis erwächst dem Eigentümer gegenüber dem Anspruch aus der Grundschuld eine Einrede, die unter §§ 1157, 1192 fällt und folglich gegen jeden bösgläubigen Grundschuldgläubiger geltend gemacht werden kann.

Der Schutz des Gläubigers gegen das Einrederecht des Eigentümers ist bei der Grundschuld derselbe, wie bei der Hypothek. Die Einwendungen und Einreden, die dem Eigentümer nach Hypothekenrecht entzogen sind, können auch der Grundschuld nicht entgegengesetzt werden (§§ 1156, 223 Abs. 1, 1137 Abs. 1 Satz 2 B.G.B., § 193 Satz 2 K.O.).

Die nach Hypothekenrecht geltende Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung gilt für die Grundschuld nicht. Dagegen finden die Vorschriften des § 1155 über die Ausdehnung des öffentlichen Glaubens auf die in diesem Paragraphen genannten Urkunden bei der Abtretung der Briefgrundschuld entsprechende Anwendung.

Bei der Inhabergrundschuld regelt sich das Einrederecht des Eigentümers gemäß § 1195 Satz 2 nach § 796. Die §§ 1156 bis 1159 sind durch § 1195 Satz 2 für die Inhabergrundschuld

ausgeschlossen [2]). Danach hat der Eigentümer gegen die Inhabergrundschuld nur Einreden und Einwendungen, welche die Gültigkeit der Bestellung betreffen oder sich aus dem Brief ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs beschränkt aber auch diese Einreden.

Schließlich ist noch die Teilabtretung zu erwähnen, sowie die Abtretung von Zinsen, sonstigen Nebenleistungen und Kosten. In dieser Beziehung gelten für die Grundschuld in vollem Umfange die Vorschriften des Hypothekenrechts (cf. § 1192 Abs. 2). Es kann hier deshalb auf die Ausführungen im 4. Abschnitt des 1. Teils Bezug genommen werden.

---

[2]) Fuchs, S. 763 Bem. 9 zu § 1195; Biermann, S. 424 Bem. 2 zu § 1195; Turnau-Förster, S. 878 Bem. 3d zu § 1195. A. M. Oberneck, § 158 Z. 3 S. 741.